P.O. Box 255
YOKOHAMA
JAPAN

に

新民叢報

明治三十一年十二月廿七日第三種郵便物認可

法學一

第拾貳號

光緒二十八年六月十五日
明治三十五年七月十九日

◉本號要目
希臘三大哲造像
論自尊（新民說十二）
民約論鉅子盧梭之學說
析疆增吏篇
斯巴達小志
論中國學術思想變遷之大勢
飲冰室師友論學牋
尺素五千紙
海外奇譚
新羅馬傳奇
十五小豪傑
飲冰室詩話

每月二回朔望發行

新民叢報第十二號目錄

光緒二十八年六月十五日

◉論說……一

新民說十二……中國之新民

論自尊

◉學說……九

民約論鉅子盧梭之學說（完結）……中國之新民

◉政治……一九

析疆增吏篇（未完）……明夷

◉歷史……二七

斯巴達小志……中國之新民

發端●第一節斯巴達立國起源●第二節來喀瓦士之立法●第三節斯巴達之政體●第四節斯巴達民族之階級

論中國學術思想變遷之大勢……中國之新民

續第四章儒學統一時代●第二節其歷史●第三節其派別

◉名家談叢……五七

飲冰室師友論學牋

東海公來簡　尊疑先生復簡

◉國聞短評……六五

尺素五千紙

◉雜俎……六七

海外奇譚

百合花●五月花

●小說……七七
新羅馬傳奇……飲氷室主人
第三齣黨獄
十五小豪傑……法國焦士威爾奴原著 少年中國之少年重譯
第八回
◉文苑……九三
飲冰室詩話……飲冰子
◉輿論一班……一〇一
賠款還金駁議●君權之界說●尊權篇上●尊權篇下●有逆君逆官無逆民說
◉中國近事……一〇九
◉海外彙報……一一五

售報價目表

全年廿四冊	半年十二冊	每冊
五元	二元六毫	二毫五仙

美洲澳洲南洋海參威各埠全年六元半年三元二毫零售每冊三毫正郵稅每冊壹仙外埠六仙

廣告價目表

刊資先惠 論前加倍

一頁	半頁	一行四號十七字起碼
十元	六元	二毫八仙

凡欲惠登告白者須于本報定期發刊之前五日交到價須先惠欲登長年半年者價當面議從減

編輯兼發行者 馮紫珊
印刷者 西脇末吉
發行所 新民叢報社
橫濱山下町百五十二番館
信箱二百五十五番
印刷所 新民叢報社活版部
橫濱山下町百五十二番館
東京發賣所 東京堂
東京神田區表神保町三番地

論著二

中國法理學發達史論

飲冰

（自叙）

一本論之目的有二一在發揚國粹使我先民久湮之精神發沈曀而著光晶一在與世界新學說相比較知我之短長以喚起我同胞研究法學之興味

一本論原名「中國法學發達史論」嗣以其範圍太廣不易從事故改今名他日研究有得尚思貫徹初志則此論可爲彼論之一部分也

一就法學範圍立論則當涉穹古以迄現今就法理學範圍立論則秦漢以後新發明者甚希故本論以先秦爲斷

一純粹之法治主義必推法家然儒道墨三家其學說之關於法理上者甚多且與法家亦互有短長故本論恒以儒墨道法四家言相比較

一本論第三章其資料多取諸日人廣池千九郎氏所著「東洋法制史叙論」不敢掠美特著一言以鳴謝惟

論著二

二

廣池氏搜采既未備而去取繁簡之間亦不免失當又其斷案往不往確蓋廣池氏於我國諸子之家數不甚明瞭常以儒家言與法家言混爲一談而不知其根本觀念之差異此所以批判屢失正鵠也

一本論殺靑草草不能自慊他日研究續有所得當加釐正績學之士望賜教言

著者識

(目次)

第一章　緒論

第二章　法之起因

第三章　法字之語源

第四章　舊學派關於法之觀念

第一節　儒家

第二節　道家

節三節　墨家

第五章　法治主義之發生

第一節　放任主義與法治主義

第二節　人治主義與法治主義
第三節　禮治主義與法治主義
第四節　勢治主義與法治主義
第六章　新學派（法家）關於法之觀念
第七章　法之目的及効用
第一節　團體員利益說
第二節　團體自身利益說
第八章　國法上君主之地位
第九章　人民之權利義務
第十章　公法與私法
附錄　成文法編制之沿革

第一章　緒論

近世法學者稱世界四法系。而吾國與居一焉。其餘諸法系。或發生蚤於我。而久已中絕。或今方盛行。而導源甚近。然則我之法系。其最足以自豪於世界也。夫深山大澤。龍

蛇生焉。我以數萬萬神聖之國民。建數千年綿延之帝國，其能有獨立偉大之法系宜也。然人有恒言。學說者事實之母也。既有法系則必有法理以爲之原故研究我國之法理學非徒我國學者所當有事抑亦全世界學者所當有事也。

法律先於法理耶。抑法理先於法律耶。此不易決之問題也。以近世學者之所說。則法律者。發達的而非創造的也。蓋法律之大部分。皆積慣習而來。經國家之承認。而遂有法律之効力。而慣習固非一一焉能悉有理由者也。謂必有理而始有法。則法之能存者寡矣。故近世解釋派（尊解釋法文者謂之解釋派）盛行。其極端說。至有謂法文外無法理者。法理實由後人解剖法文而發生云爾。雖然。此說也。施諸成文法大備之國。猶或可以存立。然固已稍沮法律之進步。若夫在諸法樊然殽亂之國。而欲助長立法事業。則非求法理於法文以外。而法學之効用將窮。故居今日之中國。而治法學。則抽象的法理。其最要也。

我國自三代以來。純以禮治爲尚。及春秋戰國之間。社會之變遷極劇烈。然後法治思想乃始萌芽。法治主義者。應於時勢之需要。而與舊主義宣戰者也。夫禮治與法治其

手段固溝然不同。若其設為若干條件以規律一般人之行為則一也。而凡持舊主義者。又率皆崇信「自然法」（說詳第四章）其所設條件。殆莫不有其理由。其理由之真不真適不適。且勿論。要之謂非一種之法理焉不得也。而新主義之與彼對峙者。又別有其理由。而旗幟甚新。壁壘甚堅者也。故我國當春秋戰國間。法理學之發達。臻於全盛。以歐洲十七八世紀間之學說。視我其軒輊。良未易言也。

顧歐洲有十七八世紀之學說。而產出十九世紀之事實。自拿破侖法典成立。而私法開一新紀元。自各國憲法公布。而公法開一新紀元。逮於今日。而法學之盛。為有史以來所未有。而我中國當春秋戰國間。雖學說如林。不移時輒已銷熄。後此退化復退化。馴至今日。而固有之法系。幾成殭石。則又何也。禮治主義與夫其他各主義（如放任主義人治主義等）久已深入人心。而羣與法治主義為敵。法治主義雖一時偶占勢力。摧滅封建制度階級制度。（戰國秦漢之交。吾國固有之封建制度階級制度。一時摧滅。雖儒法兩家並有力。而法家功尤偉。說詳第六章。）然以吾國崇古念重。法治主義之學說。終為禮治主義之學說所征服。門戶之見。惡及儲胥。並其精粹之義而悉吐棄之。而一切法律上事業。悉委諸刀筆之吏。學士大夫。莫肯從事。此其所以不能發達者。

一也又法家言主張團體自身利益過甚遂至蔑視團體員利益雖能救一時之敝而於助長社會發達非可久適其道不愜於人心雖靡舊說之反對勢固將敝而儒墨家言又主張團體員利益過甚於國家强制組織之性質不甚措意故其制裁力有所窮適於爲社會的而不適於爲國家的夫以兩派各有缺點專任焉俱不足以成久治而相輕相軋不能調和此其所以不能發達者二也坐此二弊故雖於一時代百數十年間有如火如荼之學說而遂不足以開萬世之利造一國之福也

逮於今日萬國比鄰物競逾劇非於內部有整齊嚴肅之治萬不能壹其力以對外法治主義爲今日救時唯一之主義立法事業爲今日存國最急之事業稍有識者皆能知之而東西各國之成績其刺戟我思想供給我智識者又不一而足自今以往實我國法系一大革新之時代也雖然。法律者非創造的而發達的也固不可不采人之長以補我之短又不可不深察吾國民之心理而惟適是求故自今以往我國不採法治主義則已不從事於立法事業則已苟採焉而從事焉則吾先民所已發明之法理其必有研究之價値無可疑也。故不揣檮昧。述其研究所粗得者。以著於篇。語不云乎。層

氷爲積水所成。大輅自椎輪以出此區區數章。苟能爲椎輪積水之用。則吾之榮幸。甯有加焉。

第二章　法之起因

我國言法制之所由起大率謂應於社會之需要而不容已此儒墨法三家之所同也。今剌取其學說而比較之。

（一）儒家

（荀子禮論篇）人生而有欲欲而不得則不能無求求而無度量分界則不能不爭爭則亂亂則窮先王惡其亂也。故制禮義以分之。以養人之欲給人之求使欲必不窮於物物必不屈於欲。兩者相持而長。是禮之所起也。故禮者養也。

（又王制篇）水火有氣而無生。草木有生而無知。禽獸有知而無義。人有氣有生有知亦且有義。故最爲天下貴也。力不若牛。走不若馬。而牛馬爲用何也。曰人能羣彼不能羣也。人何以能羣。曰、分。分何以能行。曰以義。故義以分則和。（楊注言分義相須也）和則一。一則多力。多力則強。強則勝物。（中略）故人生不能無羣。羣而無分則爭。爭則亂。亂則離。離則弱。弱則不能勝物。君者善羣者也。

（又富國篇）人倫並處。（楊注、倫類也）同求而異道。同欲而異知。生也皆有可也知愚同所可異也，知愚分

(楊注、可者遂其意之謂也)勢同而知異。行私而無禍。縱欲而不窮。則民心奮而不可說也。如是則知者未得治也。知者未得治則功名未成也。功名未成則羣衆未縣也。(案縣同懸謂懸隔也)羣衆未縣則君臣未立也。無君以制臣。無上以制下。天下害生縱欲。欲惡同物。欲多而物寡。寡則必爭矣。(中略)離居不相待則窮。羣而無分則爭。窮者患也。爭者禍也。救患除禍。則莫若明分使羣矣。

(二)墨家

(墨子尚同篇上)古者民始生未有刑政之時。蓋其語人異義。是以一人則一義。二人則二義。十人則十義。其人茲衆。其所謂義者亦茲衆。(案茲同滋益也)是以人是其義以非人之義。故交相非也。是以內者父子兄弟作怨惡。離散不能相和合。天下之百姓。皆以水火毒藥相虧害。至有餘力不能以相勞。腐朽餘財。不以相分。隱匿良道。不以相教。天下之亂。若禽獸然。明夫天下之亂。生於無政長。是故選天下之賢可者。立以爲天子。(中略)天子惟能壹同天下之義。是以天下治也。

荀子之所謂禮所謂義。墨子之所謂義。其實皆法也。蓋荀子言禮而與度量分界相麗。言義而與分相麗。墨子言義而與刑政相麗。度量分界也。刑政也。皆法之作用也。

(三)法家

(管子君臣篇下)古者未有君臣上下之別。未有夫婦妃匹之合。獸處羣居。以力相征。於是智者詐愚。強者凌

弱。老幼孤獨。不得其所。故智者假衆力以禁強虐而暴人止。爲民興利除害。正民之德而民師之。(中略)名物處違是非之分。則賞罰行矣。上下設。民生體而國都立矣。是故國之所以爲國者民體以爲國。君之所以爲君者賞罰以爲君。

(商君書君臣篇)古者未有君臣上下之時。民亂而不治。是以聖人列貴賤。制節爵位。立名號。以別君臣上下之義。地廣民衆萬物多。故分五官而守之。民衆而姦邪生。故立法制爲度量以禁之。

(又開塞篇)天地設而民生之。當此之時也。民知其母而不知其父。其道親親而愛私。親親則別。愛私則險。民生衆而以別險爲務則有亂。當此之時。民務勝而力征。務勝則爭。力征則訟。訟而無正則莫得其性也。故賢者立中設無私而民日仁。當此時也。親親廢上賢立矣。凡仁者以愛利爲道。而賢者以相出爲務。民衆而無制久而相出爲道則有亂。故聖人承之。作爲土地貨財男女之分。分定而無制不可。故立禁。禁立而莫之司不可。故立官。官設而莫之一不可。故立君。既立其君則上賢廢而貴貴立矣

(韓非子五蠹篇)古者丈夫不耕。草木之實足食也。婦女不織。禽獸之皮足衣也。不事力而養足。人民少而財有餘。故民不爭。是以厚賞不行。重罰不用。而民自治。今人有五子不爲多。子又有五子。大父未死而有二十五孫。是以人民衆而貨財寡。事力勞而供養薄。故民爭。雖倍賞累罰而不免於亂

以上三家四子之說。皆以人類之有欲爲前提。謂生存競爭爲社會自然之現象。而法制則以人爲裁抑自然從而調和之。而荀墨商三家謂人始爲羣。即待法治。韓則謂地

論著二

廣人稀時無取於法。法必緣民衆而需要始亟。是其微相異者也。韓子殆只認形成國家後之强制組織。而不認社會的制裁力。是其缺點也。蓋韓子之學。淵源於老子。而老子謂郅治之極。無法而能治也。（韓子謂人民少而財有餘。故民不爭。然人民少之時。財亦決非能有餘。此可以生計學學理說明之也。故韓子此前提。實不正確。」

人類有欲之一前提。亦老子所承認也、然其所以解決此問題之方法。則與諸家異、儒墨法諸家。皆以節欲爲手段。故禮也義也法也從此生焉。老子則以絕欲爲手段。欲苟絕則一切皆成疣贅矣。故其言曰。不見可欲。使民心不亂。又曰常使民無知無欲、故無爲而無不治。又曰。少私寡欲。又曰。不欲以靜。天下將自定。皆其義也、雖然。人類之欲果可得絕乎。不可得絕則老子之說不售也。以今語說之。則生存競爭者果爲人類社會所得逃之公例乎。不可逃則法制之起。其決不容已也。

荀子社會學之巨擘也。其示人類在衆生界之位置。先別有生物於無生物。次別有知物於無知物。次別有理性物於無理性物。謂人類者。其外延最狹。而其內包最廣。與歐西學者之分類正同。彼之所謂理性。荀子所謂義也。亦謂之普通性。亦謂之大我。（附注）義从我从羊。會意字也。董子云義者我也。其从羊者。所以別於小我。羊能羣者也。故我國文字。凡形容社會之良性質者皆从之。羣善美羑等是也。考工記注曰。羊善也。義从我从羊。所以示我之結集體。即所謂大

十

我也。此大我之普通性即人類所以能結爲團體之原因也（小野塚博士言國家所由起。根於人類之普通性。（參現本報所譯國家原論）而覓博士言國家社會之最高原因。根於自我之自由活動。其所謂自我者。謂人類共通之大我也。與佛學之華嚴性海相合。他日更詳細介紹之。）荀子以義爲能羣之本。原洵批郤導窾之論矣。其富國篇所論。由經濟的（生計的）現象進而說明法制的現象。尤爲博深切明。謂離居不相待則窮。故經濟的社會爲社會之成始。謂羣而無分則爭。故國家的社會爲社會之成終。其言爭之所由起。謂欲惡同物。欲多而物寡。欲者經濟學所謂慾望（德語之 Begierde 英語之 Desire）欲多而物寡。即所謂欠乏之感覺（德語之 (Gefühle des Mangels) 而欠乏之感覺由於欲惡同物。人類慾望之目的物如衣食住等。大略相同故也。荀子此論實可爲經濟學社會學國家學等之共同根本觀念也。

諸家之說。皆謂法制者。由先聖先王以救濟社會之一目的而創造之。語其實際。則此創造法制之人。即形成國家時最初之首長也。而此首長以何因緣而得有爲首長之資格。諸家所論。微有不同。墨子言選天下之賢可者。立以爲天子。是謂最初之首長由選擧而來。然法制未立以前。何從得正確之選擧。是不免空華之理想也。儒家皆言天生民而立之君。又曰亶聰明作元后。是謂由天所命。然玆義茫漠。不足以爲事實也。荀

子亦儒家。而所言稍趨於實。謂必功名成然後羣衆懸。必知者得治然後功名成。蓋當社會之結合稍進則對內對外之事件日顯其間必藉有智術者或有膂力者內之以維持社會之秩序外之以保障社會之安甯於是全社會之人德之而其功名成焉寖假其人及其輔翼者遂獨占優勢於社會此君主貴族所攸起也故曰羣衆懸而君臣立矣。

管子言智者假衆力以禁強暴。其說明社會形成國家之現象。尤爲盛水不漏。夫雖有智者苟非假衆力而國無由成蓋國家爲人類心理之集合體苟其人民無欲建國之動機則國終不可得建也而又非如民約論者流謂純由國民衆建也雖有衆力苟無假之以行最高權者則國亦無由成兩相待而國立焉制定焉管子此語今世歐西鴻哲論國家起原者無以易之也

又管子所謂「上下設民生體」所謂「民體以爲國」「實最古之國體說」也（房注謂「上下既設。則生貴賤之禮。貴賤成禮。方乃爲國。」以禮釋體「實曲解也。「民禮以爲國」豈復成文義耶。管子又云「先王善與民爲一體。與民爲一體。則是以國守國。以民守民也。」（君臣篇上）正可與此文相發明。故管子實國家團體說之祖也。）蓋上之對下即全部對一部之意也即拓都對幺匿之意也上下既設而肢

官各守其機能如一體然而此人民結集之一體則謂之國家也。

商君開塞篇之論。言國家發生成長之次第。尤爲博深切明。蓋由家族進爲社會由社會進爲國家由愛治進爲禮治由禮治進爲法治其所經過之階級實應如是也其所論親親上賢貴貴之三時代，亦與歷史相脗合。其上賢之一時代即由圖騰社會形成國家之過渡也而所謂賢者謂智力優秀於其儔者也蓋雖在未成國家以前而社會上優秀者之地位已漸顯即所謂上賢時代也及優秀者之地位被確認則所謂貴貴時代也

商君言制之興，在未立君以前。夫在原始社會。其未立君者。即其未形成國家者也，謂未形成國家而先有法制，似不衷於理論。雖然。未有國家以前夫既有社會之制裁力商君所謂制者蓋指此也故別前者謂之制而後者謂之禁制者相互的而禁者命令的也故禁也者即國家之強制組織也而禁之與官官之與君同時並起非謂先有禁而後有官先有官而後有君精讀原文。自不至以辭害意焉矣。

小野塚博士者。日本第一流之學者也，今引其言以證管商二子之說。其言曰。「原人。

最始爲徽章（圖騰）社會而此種社會由家族團體時期漸進於地域團體時期（中略）當其未形成國家以前亦固思所以調和衝突維持內部之平和其間自有規律之發生略約束其分子但此規律無組織的強制力之後援苦失諸微弱洎夫內部之膨脹日增對外之競爭日劇於是社會之組織分科變更而強制的法規起焉強制法規既具不可無統一之之機關羣中之優秀者則膺其任而執行之始猶不過暫置既而內外之形勢繼續而機關遂不得不繼續而所謂優秀者遂得繼續以保其優勢之地位故原始國家與君主國體常有密接之關係非偶然也（政治學大綱上卷一四五至一五〇葉）此與商君之言抑何相類之甚耶而其所謂優秀者亦即管子所謂假衆力以禁強暴之智者也荀墨兩家僅言禮言義言分是所重者仍在社會之制裁力也混道德與法律爲一也所謂禮治主義德治主義也管商皆言禁則含有強制組織之意義而法治主義之形乃具矣此法家之所以獨能以法名其家也

（漢書刑法志）夫人宵天地之貌（顏注云宵義與肖同貌古貌字）懷五常之性聰明精粹有生之最靈者也。爪牙不足以供耆欲。趨走不足以避利害。無毛羽以禦寒暑。必將役物以爲養。任智而不恃力。此其所以爲貴

也。故不仁愛則不能羣。不能羣則不勝物。不勝物則養不足。羣而不足。爭心將作。上聖卓然先行敬讓博愛之德者。衆心說而從之。從之成羣，是為君矣。歸而往之。是為王矣。洪範曰。天子作民父母以為天下王。聖人取類。正名而謂君為父母，明仁愛德讓，王道之本也，愛待敬而不敗，德須威而久立。故制禮以崇敬，作刑以明威也。聖人既躬明悊之性。必通天地之心。制禮作教。立法設刑。動緣民情。而則天象地

此文言法制起原。兼採儒墨法諸家之說而貫通之。明社會制裁力與國家强制組織本為一物，禮治與法治異用而同體，異流而同源，且相須為用，莫可偏廢，此誠深明體要之言也。讀此而我國人關於法之起因之觀念，可以大明。

第三章　法字之語源

我國文「法」之一字。與刑、律、典、則、式、範等字常相為轉注。今釋其文以求其義。

一釋法　法本字為灋。說文「灋」下云。「刑也，平之如水。从水。廌所以觸不直者去之。从廌去」。今案說文廌下云。「解廌，獸也，似牛一角。古者決訟。令觸不直者」。然則从水取平之意。从廌去取直之意。實合三之會意字也。法之語源。實訓平直。其後用之於廣義。則為成文法律之法。用之於最廣義。則為法則，方法之法。實展轉叚借也。釋名

云『法、逼也、莫不欲從其志逼正使有所限也』此雖非最初義，然與近世學者所言法之觀念甚相接近。所謂莫不欲從其志者言人人欲自由也使有所限者自由有界也。逼者即強制制裁之意而制裁必軌於正蓋我國之觀念則然也

二釋刑　說文灋下云㓝也而刀部有刑字無㓝字。刑下云剄也剄下云刑也二字轉注。然則刑之本義甚狹。謂剄人之頸而已。段注云『㓝罰典㓝儀㓝等字以刑當之者，俗字也。造字之指既殊。井聲幵聲各部。凡井聲在十一部凡幵聲在十二部也』然則刑不足以當㓝。而㓝之義究云何。說文土部型下云『鑄器之法也』是正與法為轉注。段注云『以木為之曰模以竹曰笵以土曰型』而許書木部模下竹部笵下。皆訓法。是亦轉注也。詩毛傳屢云㓝法也。亦轉注也。易曰『利用㓝人以正法也』是㓝含有正之意。荀子彊國篇云『㓝范正。金錫美』是㓝以正為貴也。記王制云㓝侀也。侀成也，一成而不可變。故君子盡心焉』一成不變。正與型之性，質，相合。其字又與形通，左傳引詩『形民之力而無醉飽之心』杜注云『形同刑。程量其力之所能為而不過也』然則㓝有形式之意模範之意程量之意。故典㓝儀㓝等字皆備此諸

義。所以从井者。井之語源。出於井田。說文井下云。『八家爲一井。象構韓形。』蓋含有秩序意。故「井井有條」「井然不紊」皆以井爲形容詞。又易井卦『改邑不改井』王注云。『井以不變爲德者也』然則井也者具有秩序及不變之兩義者也。从刂者。刀以解剖條理。故制字則字等皆从之也。然則說文雖無刑字。今可以意補之云。『刑法也。从刀。从井。井亦聲』而下其定義。則當云。刑也者。以人力制定一有秩序而不變之形式。可以爲事物之模範及程量者也。是與法之觀念極相合也

三釋律 說文律下云。『均布也。』段注云。『律者。所以範天下之不一而歸於一。故曰均布。』桂氏馥義證云。『均布也者。義當是均也布也。樂記。樂所以立均。尹文子大道篇。以律均清濁。鶡冠子。五聲不同均。周語。律所以立均出度也。』案說文之訓。桂氏之釋。皆能深探語源。確得本意。蓋吾國科學發達最古者。莫如樂律。史記律書云。『王者制事立法。物度軌則。壹稟於六律。六律爲萬事根本焉。』書言同律度量衡。而度量衡又皆出於律。（漢書律曆志云。『夫律者。規圓矩方。權重衡平。準繩嘉量。探頤索隱。鉤深致遠。莫不用焉』。故曰萬事根本也。）夫度量衡爲一切形質量之標準。而律又爲度量衡之標準。然則律也者。可謂一切事物之總標準。

也。而律復有其標準焉。曰黃鐘之宮。黃鐘之宮者。十二律中之中聲也。以其極平均而正確。故謂之中聲。所以能爲標準之標準者。以其中也。故律者制裁事物之最嚴格者也。左傳云『先王之樂所以節百事』是其義也。孟子又曰。不以律不能正音。蓋樂之爲理。十二律固定不動。而五音回旋焉。若衆星之拱北辰。然則律者非徒平均正確。而又固定不動者也。綜上諸義以下其定義。則律也者。平均正確固定不動而可以爲一切事物之標準者也。國語云。「律所以立均出度。」是明其平均正確之義。釋名云。「律累也。累人心使不得放肆也。」是明其爲事物標準之義。其後展轉假借。凡平均正確固定可爲事物標準者。皆得錫以律之名。易曰。『師出以律』孔疏云。律法也。是法律通名之始也。自漢以還。而法遂以律名。史記蕭相國世家云「獨先入收秦律令」杜周傳云。「前主所是著爲律。」漢書刑法志云「不若刪定律令。」是皆以律名法也。

四●釋●典　詩儀式刑文王之典。毛傳云。典常也。廣韻典下云。主也。常也。法也。經也。說文典下云。『五帝之書也。从冊在丌上尊閣之也。』是典之本義。爲尊貴之書冊。而吾國人有尊古之習。視之與法同科也。下方更詳述其理例。訓常訓經皆示固定性也

五●釋●則　說文「則」下云『等畫物也。从刀貝。貝古之物貨也。』段注云。等畫物者。定其

差等而各爲介畫也物貨有貴賤之差故從刀介畫之』余謂古者以貝爲貨幣而貨幣之用在於易中（易中義見嚴譯原富）故能權物之貴賤而等差之者莫如貝故曰等物齊之如刀切焉故曰畫物从貝以示等从刀以示畫會意字也蓋含均齊秩序之意既差等而猶命之曰均齊者孟子曰物之不齊物之情也本不齊者因其等而等之是即所謂齊也故吾國文所謂「則」常以爲「自然法」之稱易、乃見天則詩、天生烝民有物有則是其義也然既从刀則人事寓焉故「人爲法」亦得適用之周禮以八則治都鄙鄭注云則亦法也

六釋式　說文式下云『法也从工弋聲』又云『工巧飾也象人有規榘』段注云『直中繩二平中準是規榘也』是則式之取義在工而工含有衡度之意衡度者以中正平均爲體用者也周禮以九式均節財用鄭注云『式謂節度』實確詁也

七釋範　說文無範字竹部笵下云『法也竹簡書也古法有竹刑』段注云『通俗文曰規模曰笵元應曰以土曰型以金曰鎔以木曰模以竹曰笵一物材別也說與說文合』然則笵與型同義型即㓝也考工記『軓前十尺』鄭注云『書或作軓軓法

也。」然則在車曰軓。範乃後定之字。焇合范軓二文而成也。易繫辭『範圍天地之化而不過。』鄭注云。『範法也。』書洪範僞孔傳云。『洪大範法也。言天地之大法』史記宋世家集解引鄭玄曰。「不與天道大法」是僞孔本於鄭也。然則範亦爲法之名。而其義又全與法同也。

此外與法互訓之字尚夥。匪暇殫述。綜上所舉則吾國古代於法之概念可以推見焉。曰。法也者均平中正固定不變能爲最高之標準以節度事物者也

其在希臘。畢達哥士曰。法律者正義也。栢拉圖曰。正義一稱法律。喀來士布曰。法律者。正不正之鵠也。其在羅馬。錫爾士曰。法律者術之公且善者也。哥克曰。法律不外正理。凡此者。近世學者字之曰「正義說」此與吾國法之語源皆略同。而吾國更有固定不變之意。是其特色也。當法治主義未與以前吾國人關於法字之解釋率類是。

第四章　舊學派關於法之觀念

我國法律思想。完全發達。始自法家。吾故命法家爲新學派。命法家以前諸家爲舊學派。而舊學派中。復分爲三。一曰儒家。二曰道家。三曰墨家。其關於法之觀念。亦各各不同。今以次論之。

第一節 儒家

吾前述法字之語源，而解釋其定義。謂法也者。均平中正固定不變可以爲最高之標準以節度事物者也。儒家關於法之觀念。即以此定義爲衡者也，夫既以均平中正固定不變爲法之本質。然則此均平中正固定不變者。於何見之，於何求之。是非認有所謂自然法者不可。而儒家則其最崇信自然法者也。詩曰「有物有則。」言有物斯有則則存於物之自身也。此其義之最顯著者也。是故儒家關於法之觀念。以有自然法爲第一前提。今述其說。

(易繫辭)天尊地卑。乾坤定矣。卑高以陳。貴賤位矣。動靜有常。剛柔斷矣。方以類聚。物以羣分。吉凶生矣。在天成象。在地成形。變化見矣。

(又)聖人有以見天下之賾。而擬諸形容。象其物宜。聖人有以見天下之動。而觀其會通。以行其典禮。言天下之至賾而不可惡也。言天下之至動而不可亂也。

(又)是故明於天之道。而察於民之故。是興神物。以前民用。一闔一闢謂之變。往來不窮謂之通。見乃謂之象。形乃謂之器。制而用之謂之法。

(記樂記)天高地下。萬物散殊。而禮制行矣。流而不息。合同而化。而樂生焉。

儒家極崇信自然法。凡一切學說。靡不根於此觀念。不可殫述。而繫辭傳二篇。其發之最瑩者也、孟德斯鳩云。靡異不一。靡變不恒。（嚴譯爲其參差者其一定也其變化者其不易也）而易之一書。實專闡此理。觀其異者變者而思於其間焉求其一者恒者曷爲思求之謂求而得焉則可據之以制定平均中正固定不變之法以福利天下也、孔子五十以學易。學此物而已。蓋孔子認此物爲客觀的具體的獨立而存在而自苦人智之有涯不足以窮之故雖學至老而猶欿然也孔子之志在求得自然法之總體以制定人爲法之總體即未能得亦當據其一部分以制定一部分要之凡人爲法不可不以自然法爲之原此孔子所主張也

法之最廣義。舉一切物之倫脊皆是也。其次廣義。則限於人類社會。人類社會之自然法於何求之亦曰求諸人類社會之自身而已。今述其學說。

（記中庸）率性之謂道道也者不可須與離也。

（又）子曰。道不遠人。人之爲道而遠人不可以爲道

（孟子告子上）惻隱之心。人皆有之。羞惡之心。人皆有之。恭敬之心。人皆有之。是非之心。人皆有之。惻隱之心。

仁也。羞惡之心。義也。恭敬之心。禮也。是非之心。智也。仁義禮智。非由外鑠我也。我固有之也。

(又)故凡同類者舉相似也。何獨至於人而疑之。(中略)口之於味也。有同耆也。易牙先得我口之所耆者也。

如使口之於味也、其性與人殊、若犬馬之與我不同類也、則天下何耆皆從易牙之於味也、至於味天下從於易牙。是天下之口相類也。(中略)至於心獨無所同然乎。心之所同然者何也。謂理也義也。

孟子此論。證明人類之有普通性。而普通性即自然法之所從出。此最完滿之理論也。

故自然法亦稱性法。荀子不認有自然法。下方論之。

既有自然法則自然法必先於人定法。至易明也。孟德斯鳩法意云。『物無論靈否。必先有其所以存。有其所以存。斯有其所以存之法。』又曰。『公理實先於法制。』其言所以存之法。即公理也。所謂自然法也。法制（則人定法也。根本觀念。與儒家正同。

繫辭傳稱仰以觀於大文、俯以察於地理、近取諸身。遠取諸物、於是始作八卦。此所謂自然法也。下復言蓋取諸離、蓋取諸益、蓋取諸噬嗑。蓋取諸乾坤。蓋取諸渙。蓋取諸隨。蓋取諸豫。蓋取諸小過。蓋取諸睽。蓋取諸大壯。蓋取諸夬。離、益、噬嗑、乾坤、渙、隨、豫、小過、睽、大壯、夬。皆自然法也。取之而制定種種事物。所謂人定法也。故記禮運曰。夫禮之初、始於飲食。又曰、飲食男女、人之大欲存焉。死亡貧苦。人之大惡存焉。此言人類受生伊始。即有普通性。及既爲羣。此普通性

侖交錯而現於實、遂成所謂自然法者、而當由何道焉得應用此自然法以制爲人定法、正立法者所當有事也。

歐西之言自然法者。亦分二宗。一曰有爲之主宰者。孟德斯鳩之徒是也。二曰莫爲之主宰者、赫胥黎之徒是也、而我國儒家之自然法則謂有主宰者也。學說甚繁。略舉一二。

（易象傳）乾元用九乃見天則。

（詩）天生烝民有物有則。

（左傳）民受天地之中以生所謂命也。是以有動作威儀之則以定命也

（易繫辭傳）天垂象。聖人則之

（書）天敘有典自我五典五共哉天秩有禮自我五禮有庸哉

（又）永畏惟罰非天不中

（詩）不識不知順帝之則。

（書）天乃錫禹洪範九疇彝倫攸敘

其他儒家言天者甚多。不可悉舉。僅舉經傳中言關於法之觀念者如右。盖宇宙有自

然法存於人物之自身而人物自身何以能有此自然法則天實賦之故天爲自然法之淵源此儒家之說也。天亦謂之命故曰。天命之謂性。記稱夏道尊命。即此物也。論語曰。不知命無以爲君子。記中庸曰。思知人不可以不知天。皆欲知此自然法之所從出而體之以前民用也。儒家屢言命。若非以此解之。幾不知其所謂。

儒家言人爲法不可不根本於自然法。顧自然法本天。非盡人所能知也。則其道將窮。於是有道焉使自然法現於實者曰聖人聖人之言即自然法之代表也聖人之言何以能爲自然法之代表。儒家謂聖人與天同體者也否則直接間接受天之委任者也否亦其智足以知天者也六經六緯之微言。皆稱聖人無父。感天而生。故有青帝靈威仰赤帝赤熛怒黃帝含樞紐白帝白招拒黑帝汁光紀。謂之五感生帝。而太昊炎帝黃帝少昊顓頊配之。爲五人帝。是聖人爲天之化身聖人即天也故直以其意爲天之意其言爲天之言其法爲天之法「典」本五帝之書而竟變成爲一種法之名蓋以此也此種觀念視他國之神意說其程度之强尙有過之惟耶蘇新約差可比倫耳。所謂直接受天之委任者。書曰。天乃錫禹洪範九疇。詩曰。帝謂文王。不大聲與色。不識不知。順

帝之則。漢書五行志曰。虙犧氏繼天而王。受河圖。禹治洪水。賜雒書。春秋元命苞曰。河以通乾出天苞。洛以流坤吐地符。河龍圖發。洛龜書成。河圖有九篇。洛書有六篇。隋書經籍志緯書類。有河圖二十卷。河圖龍文一卷。注云。河圖九篇。洛書六篇。自黃帝至周文王所受本文。又別有三十篇。云自初起至孔子九聖所增演。宋書符瑞志曰。成王周公時。洛出龜書。而書顧命亦言天球河圖在東序。記禮運亦言河出馬圖。論語述孔子語。乃云河不出圖。吾已矣夫。計河洛圖書之爲物。見於經緯者。不下百數。（洪範一篇。古說皆認爲即洛書之文。自初一曰五行至威用六極。凡六十五字。謂禹所受本文。其以下則後聖之解釋也。）即不信緯。安能不信經。記即不信。經記安能不信論語。而其怪誕既若是。以今日理想衡之。雖負淋之孫。猶不能起信。而孔子及兩漢大儒。津津言之何也。乃讀西史見來喀瓦士制斯巴達法典云。直受諸亞波羅神。摩哈默德之造可蘭經云。直受諸天使加布里埃。乃至猶太之摩西法典。印度之摩奴法典。希臘之綿尼法典語。其來歷莫不皆同。乃知此實初民之共通觀念。非惟我國有之。而我國所流傳。實本諸口碑。非出自臆說也。然以孔子而猶迷信之。何也。孔子之學說。既認有自然法。復認自然法之出於天。然則宜操立法權者。惟天耳。天既不言而感生化身。

之帝王又絕跡於後世然則後之有天下者必天牖其衷乃可創法改制故六經大義皆言應天受命制禮作樂（儒家視禮樂法制同物。前已屢言之。）凡以法之淵源出於天也（董子曰。道之大原出於天。道即自然法也。）而受命必有符則龍龜鳥書等是也受命之符口碑所傳也必受命而後立法則儒家之大義與自然法天定法之主義相一貫者也申而言之則非爲受命故改制實爲改制故受命也孔子學易以求自然法既有所得思欲據之制爲人定法以易天下然受命之符久而未至沈吟不敢自信故歎曰鳳鳥不至河不出圖吾已矣夫洎夫獲麟西狩書降端門然後制作之業託始焉此其義必有所受而非可盡指爲秦火以還之附會者也（西狩獲麟。受命之符。此明見於經傳。不容疑者也。然漢儒言孔子受命者。猶不止此。公羊哀十四年解詁引春秋演孔圖云。「天降血書魯端門內。子夏明日往視之。血書飛爲赤鳥。化爲白書。署曰演孔圖。中有作法制圖之象。孔子仰推天命。俯察時變。却觀未來。豫解無窮。故作撥亂之法。」諸如此類。不追殫述。蓋前漢儒者。無不篤信受命改制之說。至後漢始漸有疑者。而鄭康成猶據以注羣經。此實孔門家法。非漢儒附會也。）夫在程度幼稚之社會固不能無所託以定民志而況夫既持道本在天之說則一切制作自不得不稱天而行理論相因所當然也猶之大權在君主之國一切法律不得不以君主之名行之亦理論相因所當然也故不得以此等神祕之說爲儒家詬病也

夫與天同體之聖人其最貴者也直接受天委任之聖人其次貴者也然直接受天委任之聖人亦間世而不一遇於是乎有知足以知天者亦稱爲聖人認其有立法及解釋法之權蓋謂其能知自然法也故易繫辭傳曰。天地設位。聖人成能。又曰。知變化之道者。其知神之所爲乎。又曰。參伍以變。錯綜其數。通其變遂成天下之文。極其數遂定天下之象。又曰。天生神物。聖人則之。天地變化。聖人效之。天垂象見吉凶。聖人象之。河出圖。洛出書。聖人則之。凡此所謂聖人皆謂其知足以知天者也而記中庸所論。尤爲博深切明。今述而引申之。

(記中庸)惟天下至誠。爲能盡其性。能盡其性。則能盡人之性。能盡人之性。則能盡物之性。能盡物之性。則可以贊天地之化育。可以贊天地之化育。則可以與天地參矣。其次致曲。曲能有誠。誠則形。形則著。著則明。明則動。動則變。變則化。惟天下至誠爲能化。

(又)至誠之道。可以前知。國家將興。必有禎祥。國家將亡。必有妖孽。見乎蓍龜。動乎四體。禍福將至。善必先知之。不善必先知之。故至誠如神。

(又)惟天下至誠爲能經綸天下之大經。立天下之大本。

中庸所謂至誠。即聖人也。惟至誠能經大經立大本。言惟聖人乃能立法也。然所以能

立法者非他。以其如神也以其與天地參也其何以能如神。何以能與天地參。則全以能盡其性故此實甚深微妙之論也。蓋人類莫不有其普通性人類與衆生又有其相共之普通性人類既有與衆生相共之普通性。又自有其普通性。以人類自有之普通性對於人類衆生共有之普通性。則彼自有之普通性。亦可謂人類之特別性也。明論理學上內包外延之公例。自能知之。日本法學博士筧克彥氏所著法學通論。最能發明此義。可參觀。此普通性有賦命之者維持之者則天是也不認有造化主者。則謂別無一主體焉以賦命之維持之。而儒家則認有造化主者也。聖人亦人類也故聖人之性即人類之普通性亦即衆生之普通性筧博士所謂自我性體無二華嚴所謂性海故能盡其性者必能盡人類之性隨即能盡衆生之性如人類有能飲食之機能。衆生亦有能飲食之機能。我既能飲食。則人類之此機能。乃至衆生之此機能。我皆具之矣。故孟子曰。萬物皆備於我。而性之大原出於天故能盡其性以盡普通性者即其與天合德而與天參者也故易文言傳又曰夫聖人者與天地合其德。先天而天弗違後天而奉天時也。佛說言。一切衆生。有起一念者。佛悉知之。何以能如此。因性體本普通而無二也。是即能盡人性即能盡物性之說也。是即至誠可以前知之說也。夫既認有自然法。復認自然法存於人物之自身。而自然法則固定不變者也。然則能前知不亦宜乎。儒佛皆認自然法存於衆生之自身。而儒家則謂天實賦之。佛家則謂自造因而自受果也。此其所以異也。儒家則認有客觀的爲之主宰者。佛家則全尊主觀。而不認主宰者之獨立存在也。

故儒家之論其第一前提曰有自然法其第二前提曰惟知自然法者爲能立法其第三前提曰惟聖人爲能知自然法次乃下斷案曰故惟聖人爲能立法而第三前提所

謂聖人者復分三種。第一種爲天化身之聖人第二種受天委任之聖人第三種與天合德之聖人蓋自然法出於天故能知自然法之聖人必其與天有關係者也此其論理之一貫者也夫第三種之聖人。則其範圍甚廣矣。凡屬人類皆可以爲聖人孟子曰，人皆可以爲堯舜。是也。夫謂凡屬人類皆可以爲聖人者何也吾有此普通性聖人亦有此普通性普通性既同自可以相學而能此亦其論理之一貫者也蓋儒家之意欲使人人皆爲能立法之人特未達其程度則不能有其資格耳而孔子立敎之目的則在是也

中庸謂至誠之道可以前知。聞者或疑焉。不知此亦其論理之一貫者也蓋既認有自然法而自然法實先於宇宙萬有而存立取宇宙萬有而支配之者也宇宙萬有生存運動於自然法之下有一定之格一定之軌而不能踰越然則既能知自然法者其於宇宙萬有之若何生存若何運動豈不較然若指諸掌乎夫知天文學公例者。則於日食星孛。可以前知。知物理學公例者。則於鷹化虹見。可以前知。皆以自然法縮之而已。近世學者於自然界現象靡不信有自然法至心理界現象則或疑自然法之不能成

立。自然界現象。指凡一切物有客觀的一體之存在者也。如動植物體乃至天體人體等皆是也。心理界現象者。不能截然有客觀的一體之存在者也。如人類社會中之各現象是也。人類社會。由人類心理合集而成。而心理能自由活動。故或疑其不能有一定之自然法。若儒家言則謂心理界現象亦支配於自然法之下與自然界現象無異。故曰一切可以前知也。而研究此自然法則儒家所認為最大之事業也」

然儒家固非絕對的不認心理界現象與自然界現象之區別。故其研究支配人類之自然法。亦常置重於人類心理。孟子所謂心之所同然者是也。然其此論又未嘗不與「自然法本天」之觀念相一貫。蓋謂人心所同然者受之於天。故人心所同然即天之代表也。而得人心之所同然者則其已受天之默許者也。若是者吾名之為間接受委任於天之聖人。誰間之民間之也。今述其說

(書)民之所欲。天必從之。

(又)天聰明自我民聰明。天明畏自我民明畏

(又)天視自我民視。天聽自我民聽(孟子引泰誓語偽古文采之)

(孟子萬章上)萬章曰。堯以天下與舜有諸。孟子曰。否天子不能以天下與人。然則舜有天下也孰與之、曰天與之。天與之者諄諄然命之乎。曰否。天不言以行與事示之而已矣(中略)昔者堯薦舜於天而天受之暴之於民而民受之故曰。天不言以行與事示之而已矣(中略)舜相堯二十有八載。非人之所能為也天也。堯崩。

三年之喪畢、舜避堯之子於南河之南。天下諸侯朝覲者不之堯之子而之舜。訟獄者不之堯之子而之舜。謳歌者不謳歌堯之子而謳歌舜。故曰天也。(下略)

(又)萬章問曰、人有言至於禹而德衰。不傳於賢而傳於子。有諸。孟子曰、否、不然也。天與賢則與賢。天與子則與子。昔者舜薦禹於天、十有七年。舜崩。三年之喪畢。禹避舜之子於陽城。天下之民從之。若堯崩之後不從堯之子而從舜也。(下略)

(左傳桓六年)夫民神之主也。

準是以談、則儒家認人民之公意與天意有二位一體之關係。孟子荅萬章問。其斷案皆歸諸天。而例證則舉諸人民。蓋謂民意者天意之現於實者也。荀子謂善言天者必有徵於人。蓋謂此也。然人民之意何以能指為與天意同一體。儒家之說。謂人與天本一體也。試述之。

(春秋繁露為人者天篇)人之人本於天。天者人之曾祖父也。此人之所以上類天也。人之形體化天數而成。人之血氣。化天志而仁。人之德行。化天理而義。(中略)天之副在人。人之情性。有由天者矣

(又觀德篇)況生天地之間。法太祖先人之容貌。(案太祖先人謂天也)

(又天地陰陽篇)貴者起於天至於人而畢。畢之外謂之物。人超然於萬物之上而最為天下貴者也。人下長

萬物。上參天地。

凡此皆言人與天本爲一體。夫至形體血氣德行皆由天所化然則其爲一體也審矣。

此非董子之私言。實孔門之大義也。質而言之。則人類之普通性實與天共之者也。夫立法者既不可不以自然法爲標準矣自然法既出於天意矣而人民之公意即天意之代表也故達於最後之斷案則曰人民公意者立法者所當以爲標準也歐洲十七八世紀之學者主張自然法說隨即主張民意說惟儒家亦然故記大學曰。民之所好好之民之所惡惡之孟子曰。所欲與之聚之所惡勿施爾也經傳中說此義者。不可枚舉。民意之當重何以若是則以其與天意一體而爲自然法所從出也。

若夫人民公意於何見之。則儒家之所說。與十七八世紀歐洲學者之所說異。蓋儒家以爲非盡其性者不能盡人之性故人民之眞公意惟聖人爲能知之而他則不能也。易繫辭傳曰。是以明於天之道而察於民之故。是興神物。以前民用。聖人以此齋戒。以神明其德。記禮運曰。故聖人耐（鄭注耐古能字）以天下爲一家中國爲一人者。非意之也。必知其情。辟於義。明於其利。達於其患。然後能爲之。（謂人情人義人利人患也參觀本文）皆此義也。蓋歐洲之自

然法學派謂人民宜爲立法者儒家則謂惟知人民眞公意所在之人宜爲立法者而能知人民眞公意所在者惟聖人故惟聖人宜爲立法者也故同主張人民公意說而一則言主權在民一則言主權在君其觀察點之異在此而已

夫儒家旣謂人定法必當以自然法爲標準則凡法之不衷於自然法者儒家所不認爲法者也又旣謂聖人與「自然法之創造者」（即天）有密切之關係故聖人所定之法儒家所認爲法者也夫儒家所認爲法者必其與自然法一致者也而自然法者一定而不易者也故儒家言法之觀念自不得不畸於保守主義論理之一貫使然也故曰因而損益百世可知也又自然法者非一般人所能知者也故儒家言法之觀念自不得不取君主立法主義亦論理之一貫使然也故曰非天子不議禮不制度也然君主亦非盡人而能知自然法必聖人乃能知之然則後世之爲君主而非聖人者其於前代聖君之法惟宜遵守而不可妄有所更革故儒家言法之觀念益不得不以君主立法主義與保守主義相結合又論理之一貫使然也故曰遵先生之法而過者未之有也

然則春秋家言孔子改制者非耶。夫改制則與保守主義相反。以布衣而改制。又與君主立法主義相反。而春秋家言此也何居。應之曰。不然。孔子所謂改制者非與前聖之法不相容也前聖之法不過能發明自然法之一部分而孔子則欲發明其全部分而因以演成一完備之人定法使萬古不易也其爲改也正所以爲無改之地也而孔子既爲知足以知天之聖人又爲直接受天委任之聖人故得行天子之事而有立法權也故孔子改制之義與儒家主義之大體未嘗矛盾也

據上所述。則儒家於其所持法之觀念。其論之也。可謂首尾相應。盛水不漏者矣。雖然。儒家認道與禮與法爲同物者也而此三者果同物乎自然法果可應用之於心理界現象而使一切人定法悉由之出乎即可應用之而彼自然法之全部分果能以人智盡發明之乎儒家觀念之確與不確。當於此焉判之。

儒家中。惟荀子之說微有異同。荀子不認有自然法者也隨而不取法原本天之說而惟以人定法爲歸今復述其說而詮釋之。

(性惡篇)(前略)然則從人之性。順人之情。必出於爭奪。合於犯分亂理而歸於暴。故必將有師法之化。禮

義之導。然後出於辭讓。合於文理、而歸於治。（中略）古者聖王。以人之性惡。以爲偏險而不正。悖亂而不治。是以爲之起禮義制法度以矯飾人之情性而化之。（中略）今人之性。飢而欲飽。寒而欲煖。勞而欲息。此人之情性也。今人飢。見長而不敢先食者。將有所讓也。勞而不敢求息者。將有所代也。夫子之讓乎父。弟之讓乎兄。子之代乎父。弟之代乎兄。此二行者。皆反於性而悖於情者也。然而孝子之道。禮義之文理也。故順情性則不辭讓矣。辭讓則悖於情性矣。

荀子以性爲惡。自不得復認有自然法論理之一貫使然也。荀子謂人類於生理上既爲自然法所支配。而生理上之利不利與心理上之正不正常相衝突。故於彼方面既認有自然法則於此方面勢不得復認有自然法。藉曰有之。亦其不足以爲正不正之標準者也。更申言之。則荀子者謂支配社會之良法其恒反於自然者也。故荀子言正不正之標準。不以天而惟以聖人。請舉其說。

（性惡篇）聖人積思慮。習僞故。以生禮義而起法度。然則禮義法度者。生於聖人之僞、非故生於人之性也。

（中略）故聖人化性而起僞。僞起於性而生禮義。禮義生而制法度。然則禮義法度者是聖人之所生也。

（王制篇）天地者生之始也。禮義者治之始也。君子者禮義之始也。故天地生君子。君子理天地

（禮論篇）禮有三本。天地者生之本也。先祖者類之本也。君師者治之本也。

(又)天能生物，不能辨物也。地能載人。不能治人也。宇中萬物生人之屬。待聖人然後分也。

(天論篇)天行有常。不爲堯存。不爲桀亡。應之以治則吉。應之以亂則凶。(中略)天有其時。地有其財。人有其治。夫是之謂能參。舍其所以參而願其所參則惑矣。(中略)惟聖人爲不求知天。

(又)人之命在天。國之命在禮。(中略)大天而思之。孰與物畜而制之。從天而頌之。孰與制天命而用之。

由是觀之。荀子謂天。惟能生物而不能立法。能立法者。惟聖人。而聖人既受生於天之後。則與天相對待。既非天之一體。又非受天之委任者也。此其與普通儒家之觀念。絕相反者也。荀子賤性而尊僞。僞也者。人爲也。楊注云。僞爲也。凡非天性而人作爲之者。皆謂之僞。故爲字人傍。會意字也。故絕對的不認有自然法。性者自然也。而惟認有人爲法。然又言惟聖人爲能起僞。故謂可爲人爲法之標準者。惟聖人也。其言聖人可爲法之標準與普通儒家同。其言聖人所以可爲法之標準之故。則與普通儒家異。實則聖人以何因緣而可以爲法之標準。此荀子所未言及也。

荀子極尊孔子。謂孔子所立之法。可以爲一切法之標準。其言法後王。謂孔子也。夫孔子固亦欲自以其所立法爲一切法之標準。雖然。孔子之所以自信者。謂其能知

自然法而應用之也即孔子所以尊前聖人者亦謂其能知自然法而應用之也若荀子既不認自然法徒以其爲聖人爲孔子也而尊之然則毋乃近於無理由之盲從矣乎故就論理上首尾相應之點觀察之荀子之不逮孔子明矣。

然則推荀子之論必歸結於貴人而賤法故其言曰。

(君道篇)有治人無治法(中略)法不能獨立(中略)得其人則存失其人則亡(中略)君子者法之原也故有君子則法雖省足以徧矣無君子則法雖具失先後之施不能應事之變足以亂矣

此其言雖未嘗不含一面之眞理然人也者非可操劵而得者也聖人君子間世而不一遇專任人而不任法此所以治日少而亂日多也荀子又以尊君爲主義。君之賢也更難遇。故其說益不完。孟子曰徒法不能以自行徒善不足以爲政賢於荀子遠矣。

雖然。荀子言自然法之不能成立此則雖孔子恐無以難也何也。自然法一成不變者也而人類心理自由活動者也以自由活動之心理果能如自然界現象以一成不變之自然法支配之乎此最不易武斷者也而自然法者儒家之根本觀念也此根本觀念破則儒家之基礎已搖此法家說所以蹈其隙而起也。

第二節　道家

道家亦認有自然法者也。雖然。其言自然法之淵源與自然法之應用。皆與儒家異。老子曰。人法地。地法天。天法道。道法自然。又曰。功成事遂。百姓皆謂我自然。又曰。希言自然。又曰。以輔萬物之自然而不敢爲。凡道家千言萬語、皆以明自然爲宗旨。其絕對的崇信自然法。不待論也。雖然。彼不認自然法爲出於天。故曰。天法道。道法自然。又曰。有物混成。先天地生。又曰。天下萬物生於有。有生於無。又曰。有名天地之始、無名萬物之母。其意蓋謂一切具體的萬有。皆被支配於自然法之下。而天亦萬有之一也。故天亦自然法所支配。而非能支配自然法者也。而自然法不過抽象的認識。而非具體的獨立存在也。故曰。恍兮忽兮。其中有象。夫自然法之本質既已若是。是故不許應用之以爲人定法。苟應用之以爲人定法。則已反於自然法之本性矣。故曰。三十輻共一轂。當其無有車之用。埏埴以爲器。當其無有器之用。又曰。大制不割。又曰。物或益之而損。又曰。夫代大匠斲者。希有不傷其手矣。故絕對的取放任主義。而謂制裁力一無所用。非惟無所用。實不可用也。故儒家所以營營焉經畫人定法者。曰惟信有自然法。故道家

所以屑屑然排斥人定法者亦曰惟信有自然法故故道家對於法之觀念實以無法爲觀念者也既以無法爲觀念則亦無觀念之可言

第三節　墨家

墨家之持正義說及神意說與儒家同獨其關於自然法之觀念與儒家異試列舉而比較之。

（墨子天志篇下）子墨子置天志以爲儀法

（又法儀篇）天下從事者不可以無法儀（中略）故百工從事。皆有法所度。今大者治天下。其次治大國。而無法所度。此不若百工辯也。然則奚以爲治法而可。當皆法其父母奚若。天下之爲父母者衆。而仁者寡。若皆法其父母。此法不仁也。法不仁不可以爲法。當皆法其學奚若。天下之爲學者衆。而仁者寡。若皆法其學。此法不仁也。當皆法其君奚若。天下之爲君者衆。而爲仁者寡。若皆法其君。此法不仁也。故父母學君三者。莫可以爲治法而可。然則奚以爲治法而可。故曰莫若法天。（中略）既以天爲法。動作有爲。必度於天。天之所欲。則爲之。天所不欲則止。

（又天志篇中）故子墨子之有天之意也。將以度王公大人之爲刑政也。順天之意。謂之善刑政。不順天之意謂之不善刑政。故置此以爲法。立此以爲儀。將以量度天下。譬之猶分黑白也。

墨子之所謂儀法。即義是也。故墨家實以正義說爲法學之根本觀念者也而正義之源泉。一出於天。故曰兼採正義說與神意說也雖然。其關於自然法之觀念。不甚明瞭。蓋認有自然法者必謂自然法先於萬有而存在必謂自然法一成而不可變是故有所謂「命」者記中庸所謂可以前知知此物也而墨子非命是不認自然法之存在也凡語人類社會之法律而以自然法爲標準者則標準必存於人類社會之自身人心所同然者即立法之鵠也故人民總意說與自然法說恆相隨我國儒家說有然歐洲十七八世紀學者之說亦有然墨家不認自然法故隨而不認人民總意其言曰

（墨子節葬篇下）今執厚葬久喪者言曰。厚葬久喪果非聖王之道。夫胡說中國之君子。爲而不已操而不擇哉。墨子曰。此所謂便其習而義其俗者也。昔者越之東有輆沐之國者。其長子生則解而食之。謂之宜弟。其大父死負其大母而棄之。曰鬼妻不可與居處。（中畧）楚之南有炎人國者。其親戚死。朽其肉而棄之。然後埋其骨。乃成爲孝子。秦之西有儀渠之國者。其親戚死。聚柴薪而焚之。燻上謂之登遐。然後成爲孝子。此上以爲政。下以爲俗。爲而不已。操而不舍。此所謂便其習而義其俗也。

故墨子絕對的認法律爲創造的而不認爲發達的若慣習法其爲墨家所承認者殆希也且墨子之排斥人民總意也猶有說。

(墨子尙同篇上)古者民始生未有刑政之時。蓋其語人異義。是以一人則一義。二人則二義。十人則十義。其人茲衆。則其所謂義者亦茲衆(案茲同滋益也)以是人是其義。以非人之義。故交相非也。(中略)天子之所是。皆是之。天子之所非。皆非之。(中略)察天下之所治者何也。天子唯能壹同天下之義。是以天下治也。天下之百姓。皆上同於天子。而不上同於天。則菑猶未去也。

由此觀之。則墨子謂人民總意終不可得見。即見矣而不足以爲立法之標準。若儒家所謂民之所好好之。民之所惡惡之者。墨子所不肯承認也。墨子所視爲立法之標準者。惟天志而已。而其言天也。又與儒家之言天異。儒家之天則抽象的。而墨家之天則具體的也。惟抽象的。故雖不能現於實。而可借人民總意間接以現於實。惟具體的。故必須絕對直接以現於實。其言天之所欲則爲。天所不欲則止(法儀篇)是也。然天之所欲所不欲。果能絕對的直接的以現於實乎。墨子陳種種之義以爲天所欲者在是在是。所不欲者在是在是。雖然。此不過墨子之主觀云然耳。墨子之主觀。其果爲天志之眞相與否。是又不可不待諸天之自白。或第三位之評判也。然天之自白與第三位之評判。終不可得。故墨子之言。遂不足以服天下也。準此以談。則儒墨兩家。雖同主張正義

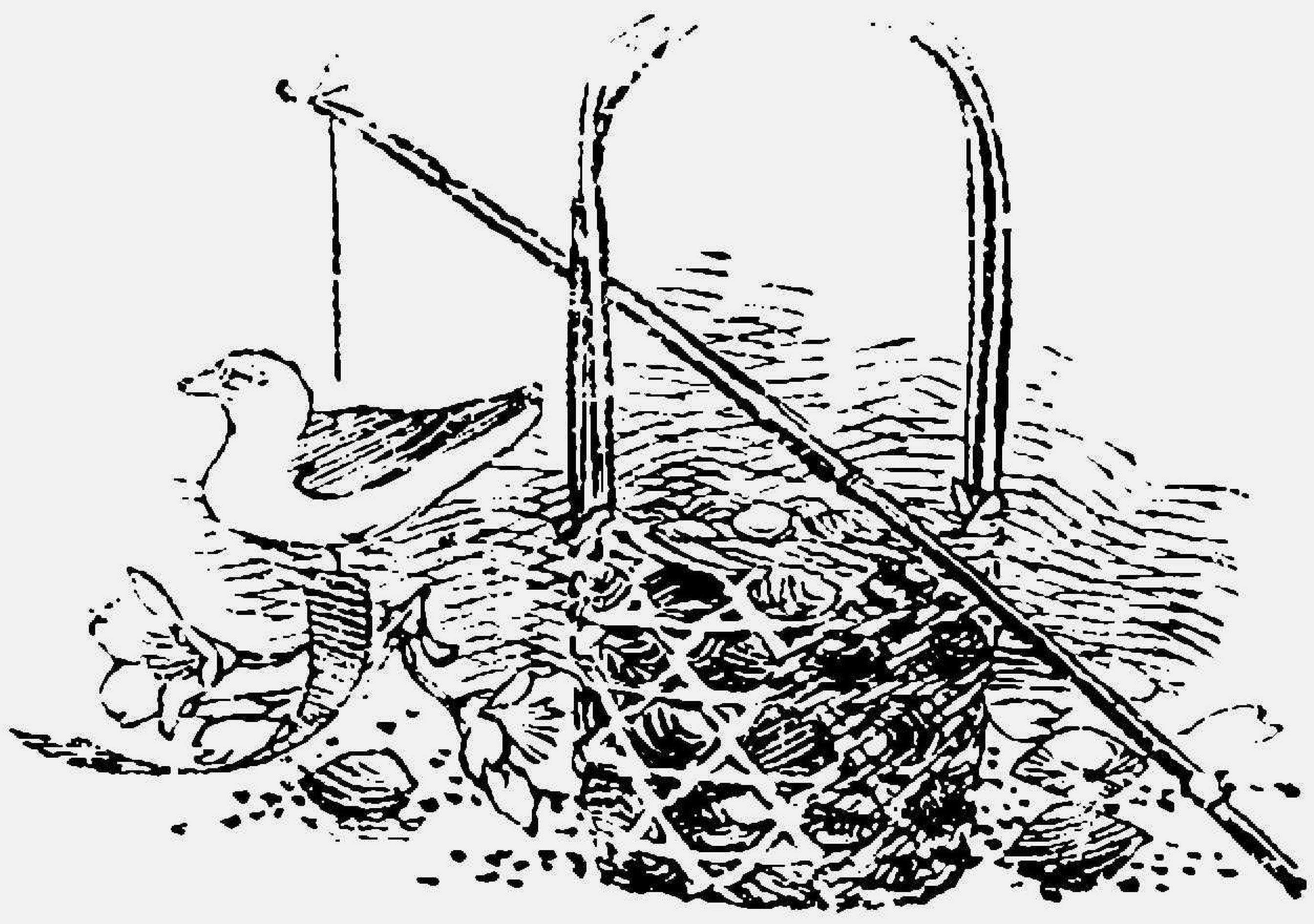
說及神意說然就論理上首尾相貫之點觀察之則墨之不逮儒明矣

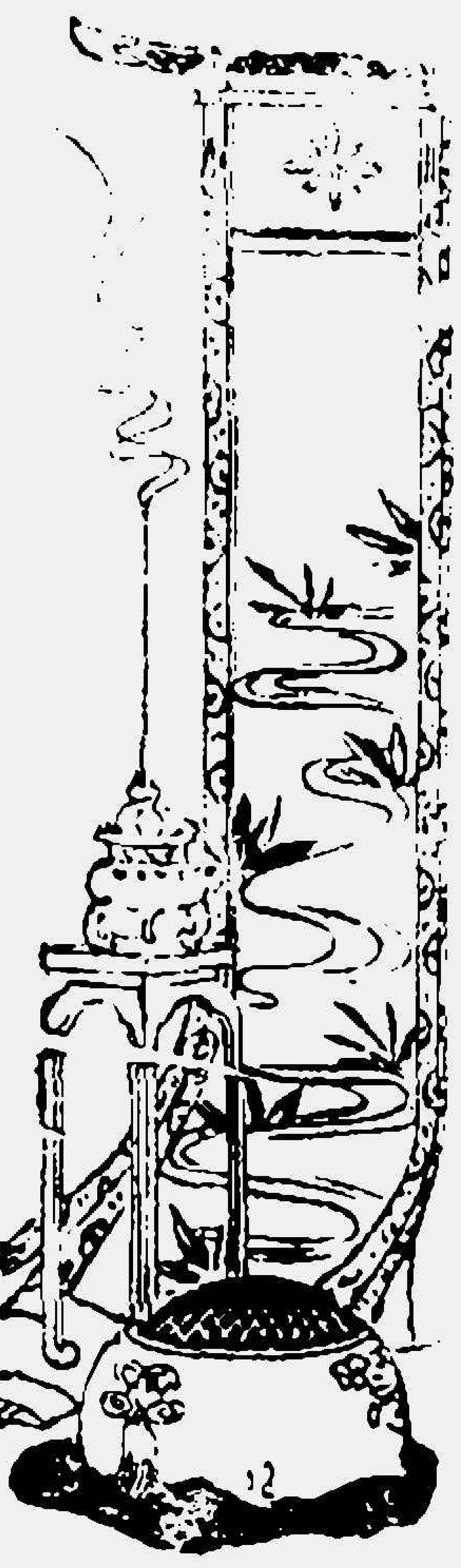
（本章已完全論未完）

●第四號正誤表

		（誤）	（正）
第七葉	第八行	革命論	革命論者
第一四葉	第十行	其此所以	此其所以
第一六葉	第四行	難然	雖然
第四五葉	第三行	故謂立憲	故語立憲
第五五葉	第一行	立憲	立憲國
第五八葉	第一一行	必出死力	必不出死力
第六六葉	第六行	政治論之之	之字衍
、、	第九行	而復實行	而後實行
第六八葉	第四行	與論之之	之字衍
第七〇葉	第二行	無有	世有

論著二





論著一

中國法理學發達史論（續第七十七號）

飲冰

第五章　法治主義之發生

當我國法治主義之興。萌芽於春秋之初。而大盛於戰國之末。其時與之對峙者有四。曰放任主義。曰人治主義。曰禮治主義。曰勢治主義。而四者皆不足以救時弊。於是法治主義應運而興焉。今請語其差異之點。

第一節　放任主義與法治主義

放任主義者。以不治爲治者也。然欲此主義之實現。必以使民無欲爲前提。否亦以使民寡欲爲前提。然有欲之民能使之無乎。多欲之民能使之寡乎。此必不可得之數也。必不可得而猶謂放任可以治天下。是此主義已從根本上被破壞而不得存立也。今

述當時難放任主義之說。

放任主義者流。既以無治爲主義。故主人治主禮治主勢治主法治者交敵之。荀子性惡篇曰。

今人之性。生而有好利焉。順是故爭奪生而辭讓亡焉。生而有疾惡焉。順是故殘賊生而忠信亡焉。生而有耳目之欲有好聲色焉。順是故淫亂生而禮義文理亡焉。然則從人之性。順人之情。必出於爭奪。合於犯分。亂理。而歸於暴。

此論已足摧破放任主義說而有餘。而韓非子五蠹篇亦云。

古者不事力而養足。人民少而財有餘。故民不爭。是以厚賞不行。重罰不用。而民自治。今人民衆而貨財寡。事力勞而供養薄。故民爭。雖倍賞累罰。而不免於亂。

此緣老莊一派。好稱道上古郅治。故爲述社會變遷之勢。謂在古代可以放任。而世運愈進。愈不可以放任。此亦其駁論之最有力者也。若其謂法治足以救之者何也。則愼子曰。馬氏意林引

一兎走。百人追之。積兎於市。過而不顧。非不欲兎。分定不可爭也。

尹文子大道上篇曰。

名定則物不競分明則私不行物不競非無心由名定故無所措其心私不行非無欲由分明故無所措其欲。然則心欲人人有之而得同於無心無欲者制之有道也

持放任主義者必以不私不競爲前提而不私不競必以無心無欲爲前提而法家則謂無心無欲萬不可致而使之不爭不競者乃別有道則權利之確定是也。愼子尹文子此語。實權利觀念之濫觴也荀子正名篇又曰。

凡語治而待去欲者無以道（一作導）欲而困於有欲者也凡語治而待寡欲者無以節欲而困於多欲者也

荀子此語。難法家之欲祛私欲而無其道。而荀子所謂道之節之者則分也分即法也

尹文子大道上篇又曰。

道行於世則貧賤者不怨富貴者不驕愚弱者不懾智勇者不陵。法行於世則貧賤者不敢怨富貴富貴者不敢陵貧賤愚弱者不敢冀智勇智勇者不敢鄙愚弱

管子明法解亦曰。

故貧者非不欲奪富者財也。然而不敢者法不使也。强者非不欲暴弱也。然而不敢者畏法誅也。

此言道德與法律之區別。其義最明。蓋持放任主義者認意志之自由而行爲之自由隨之故所以規律一般行爲者不得不悉仰諸良心之制裁持法治主義者雖認意志

之自由而行爲之自由非絕對的承認。故所以規律一般行爲者。壹委諸法力之制裁。此道家與法家之大別也。夫以良心自制裁者。必非盡人而能之明矣。於是乎道德說勢不能普及。而將有所窮。此法家之所以代興也。尹文子上同又曰。

爲善使人不能得從。此獨善也。爲巧不能使人得從。此獨巧也。未盡善巧之理。爲善與衆行之。爲巧與衆能之。此善之善。巧之巧者也。所貴聖人之治。不貴其獨治。貴與能與衆共治。貴工倕之巧。不貴其獨巧。貴其能與衆共巧也。今世之人。行欲獨賢。事欲獨能。辯欲出羣。勇欲絕衆。獨行之賢。不足以成化。獨能之事。不足以周務。出羣之辯。不可爲戶說。絕衆之勇。不可以征陣。

韓非子五蠹篇亦曰。

微妙之言。上智之所難知也。今爲衆人法。而以上智之所難知。則民無從識之矣。故糟糠不飽者。不務粱肉。短褐不完者。不待文繡。夫治世之事。急者不得。則緩者非所務也。今所治之政。民間之事。夫婦所明知者不用。而慕上知之論。則其於治反矣。故微妙之言。非民務也。

凡此皆謂徒任道德。不足以治國而利羣也。由此觀之。法家固未嘗盡蔑視道德。惟以爲道德者。只能規律於內。不能規律於外。只能規律一部分之人。不能規律全部分之人。故所當標以律民者。非道德而法律也。法家語固多有排斥道德者。然辨論之餘。走於極端。殆非其本意也。而法家言所以不能久者。亦以此。

第二節　人治主義與法治主義

凡社會之初形成國家其創造之而維持之者恆藉一英雄或數英雄力故古代人民其崇拜英雄之念特甚謂一切幸福惟英雄爲能我賜一切患害惟英雄爲能我捍於是英雄萬能聖賢萬能之觀念發生焉而不知英雄聖賢固大有造於國家然其所以能大有造於國家者非僅恃英雄聖賢自身之力而更賴有法以盾其後也由前之說謂之人治主義由後之說謂之法治主義

儒家固甚尊人治者也而其所以尊之者非以其人仍以其法蓋儒家崇拜古聖人者謂古聖人爲能知自然法能應用自然法以制人定法也故儒家者非持簡單膚淺的人治主義而實合人治法治以調和之者也孟子（離婁上）曰

> 離婁之明。公輸子之巧。不以規矩。不能成方圓。師曠之聰。不以六律。不能正五音。堯舜之道。不以仁政。不能平治天下。今有仁心仁聞而民不被其澤。不可法於後世者。不行先王之道也。故曰徒善不足以爲政。徒法不能以自行（中略）故曰爲高必因丘陵。爲下必因川澤。爲政不因先王之道。可謂智乎。是以惟仁者宜在高位。不仁而在高位。是播其惡於衆也。

徒善不可謂當以法治濟人治之窮也徒法不可謂當以人治濟法治之窮也故既言

不因先王之道不可謂智。又言惟仁者宜在高位。是人與法兩相須實儒家中庸之大義也。

逮法家興。則排斥人治主義。而獨任法治主義。尹文子（大道下）曰

田子（案田子田駢也）讀書。曰堯時太平。宋子（案宋子宋鈃也）曰。聖人之治以致此乎。彭蒙在側。越次答曰。聖法之治以致此。非聖人之治也。宋子曰聖人與聖法何以異。彭蒙曰。子之亂名甚矣。聖人者自己出也。聖法者自理出也。理出於己。己非理也。己能出理。理非己也。故聖人之治。獨治者也。聖法之治。則無不治矣

此言可謂至言。謂治由聖人出者。具體的直覺的也。謂治由聖法出者。抽象的研究的也。理出於己。而己非理。己能出理。而理非己。此實論理學上正名之要恉。而治科學者所最當審也。如國家由君主統治。而君主非國家。君主能統治國家。而國家非君主。毫釐之辨。而根本觀念大相反焉。不可不審也。然此義儒家亦能知之。故孟子曰。聖人先得我心之所同然耳。凡儒家之尊聖人。皆尊其法。非尊其人也。

尹文子（大道上）又曰。

聖王知民情之易動。故作樂以和之。制禮以節之。在下者不得用其私。故禮樂獨行。禮樂獨行。則私欲寢廢。私欲寢廢。則遭賢之與遭愚均矣。若使遭賢則治。遭愚則亂。是治亂續於賢愚。不係於禮樂。是聖人之術與聖主

而俱沒治世之法逮易世而莫用則亂多而治寡亂多而治寡則賢無所貴愚無所賤矣

此其言尤爲博深切明。夫專制國則治亂繫於賢愚者也而立憲國則遭賢與遭愚均者也必遭賢與遭愚均然後可以厝國於不敝若此者非法治無以得之（尹文子此文謂禮治也然與法治對舉則禮治法治爲別物與人治對舉則禮治法治爲同物此先秦學者之所同而尹文此言文則禮治而意則法治也）所貴乎賢者以其能厝國於不敝也故必爲國立法斯乃可貴此尹文之意也。韓非子（難勢篇）亦曰。

且夫堯舜桀紂千世而一出。是比肩隨踵而生也。世之治者不絕於中。吾所以爲言勢者中也。中者上不及堯舜。而下亦不爲桀紂。抱法處勢則治。背法去勢則亂。今廢勢背法而待堯舜。堯舜至乃治。是千世亂而一治也。抱法處勢而待桀紂。桀紂至乃亂。是千世治而一亂也。且夫治千而亂一與治一而亂千也。是猶乘驥䮾而分馳也相去亦遠矣

此言難人治主義說最爲有力。蓋言人類至賢至不肖者尠惟中人最多有法則賢者益賢而中人亦可以循法而不失爲賢無法則惟賢者能賢而中人則以靡法可循而即於不肖此立憲與專制得失之林也。前此所言皆謂人治之不能久而法治之可以常也而韓子復論人治之不能周而法治之可以徧其言（難一篇）曰。

歷山之農者侵畔。舜往耕焉。朞年甽畝正。河濱之漁者爭坻。舜往漁焉。朞年而讓長。東夷之陶者器苦窳，舜往

陶焉。朞年而器牢。仲尼歎曰。耕漁與陶。非舜官也。而舜往爲之者。所以救敗也。舜其信仁乎。乃躬耕處苦而民從之。故曰聖人之德化乎。……或問儒者曰。(中略)且舜救敗。朞年已一過。三年已三過。(案已止也)舜有盡。壽有盡。天下過無已者。以有盡逐無已。所止者寡矣。賞罰使天下必行之。令曰。中程者賞。弗中程者誅。令、朝至暮變。暮至朝變。十日而海內畢矣。奚待朞年。舜猶不以此說堯令從已。乃躬親。不亦無術乎。且夫以身爲苦而後化民者。堯舜之所難也。處勢而令下者。庸主之所易也。將治天下。釋庸主之所易。道堯舜之所難。未可與爲政也。

有難法治說。謂雖有良法。苟不得賢才以用之。而法將無效者。韓子則釋之(難勢篇)曰。

(前略)夫曰良馬固車。臧獲御之。則爲人笑。王良御之。則日取乎千里。吾不以爲然。夫待越人之善海游者。以救中國之溺人。越人善游矣。而游者不濟矣。夫待古之王良。以馭今之馬。亦猶越人救溺之說也。不可亦明矣。夫良馬固車。五十里而一置。使中手御之。追速致遠。可以及也。而千里可日致也。何必待古之王良乎。且御非使王良也。則必使臧獲敗之。治非使堯舜也。則必使桀紂亂之。此則積辯累辭。離理失實。兩末之議也。

此言。任人不任法者。人無必得之券。則國無必治之符。所待之人未至。而國已先亂亡矣。任法不任人者。法固中材之所能守。而不必有所待也。此摯論也。

尹文子(大道上)亦云。

萬事皆歸於一。百度皆準於法。歸一者簡之至。準法者易之極。如此。頑嚚聾瞽。可與察慧聰明。同其治也。

故韓子又言。苟非以法治者。雖偶治而不可謂之眞治。何也。未嘗有必治之劵存也。其言(問辯篇)曰。

夫言行者。以功用爲之的彀者也。夫砥礪殺矢。而以妄發。其端未嘗不中秋毫也。然而不可謂善射者。無常儀的也。設五寸之的。引十步之遠。非羿逢蒙不能必中者。有常也。故有常。則羿逢蒙以五寸的爲功。無常。則以妄發之中秋毫爲拙。

此言專制國雖或偶得英明神武之主。行開明專制。國運驟進。然不能以此自安。以其不能常也。法治國雖進不必驟。而得寸得尺。計日程功。兩者比較。惟法治可以爲安也。故法家之論。謂人主無論智愚賢不肖。皆不可不行動於法之範圍內。此至精之論也。今最述其說。

(管子明法篇)是故先王之治國也。不淫意於法之外。不爲惠於法之內也。動無非法者。所以禁過而外私也。

(中略)是故先王之治國也。使法擇人。不自擧也。使法量功。不自度也。

(又明法解篇)明主雖心之所愛。而無功者不賞也。雖心之所憎。而無罪者弗罰也。案法式而驗得失。非法度不留意焉。故曰不淫意於法之外。(中略)夫舍公法而行私惠。則是利姦邪而長暴亂也。行私惠而賞無功。則

是使民偷幸而望於上也。行私惠而赦有罪。則是使民輕上而易爲非也。故曰不爲惠於法之內。

（又任法篇）不知親疏遠近貴賤美惡。以度量斷之。其殺戮人者不怨也。其賞賜人者不德也。以法制行之。如天地之無私也。（中略）今亂君則不然。有私視也。故有不見也。有私聽也。故有不聞也。有私慮也。故有不知也。

（又）聖君任法而不任智。任數而不任說。任公而不任私。任大道而不任小物。失君則不然。

（韓非子用人篇）釋法術而心治。堯不能正一國。去規矩而妄意度。奚仲不能成一輪。廢尺寸而差長短。王爾不能半中。使中主守法術。拙匠守規矩。則萬不失矣。君人者。能去賢巧之所不能。守中拙之所萬不失。則人盡而功名立。

（又亡徵篇）簡法禁而務謀慮者。可亡也。好以智矯法。時以私雜公。法禁變易。號令數下者。可亡也。

（又飾邪篇）凡智能明通。有以則行。無以則止。故智能單道。不可傳於人。而道法萬全。智能多失。夫懸衡而知平。設規而知圓。萬全之道也。釋規而任巧。釋法而任智。惑亂之道也。

（又姦劫弒臣篇）人主者。非目若離婁乃爲明也。非耳若師曠乃爲聽也。目必不任其數。而待目以爲明。所見者少矣。非不弊之術也。耳必不因其勢。而待耳以爲聽。所聞者寡矣。非不欺之道也。明主者。使天下不得不爲己視。使天下不得不爲己聽。

（又難二篇）以一人之力禁一國者。少能勝之。

（愼子君人篇）君人者。舍法而以身治。則誅賞予奪從君心出。然則受賞者雖當。望多無窮。受罰者雖當。望輕。

無已。君舍法以心裁輕重。則同功殊賞。同罪殊罰矣。怨之所由生也。是以分馬之用策。分田之用鉤。非以策鉤為過於人智。所以去私塞怨也。故曰。大君任法而弗躬。則事斷於法。法之所加。各以分蒙賞罰。而無望於君。是以怨不生而上下和矣。

(管子任法篇)昔者堯之治天下也。猶埴之在埏也。唯陶之所以為。猶金之在鑪。恣冶之所以鑄。其民引之而來。推之而往。使之而成。禁之而止。故堯之治也。善明法禁之令而已。

以上所舉。皆謂非徒就國家方面論宜任法而毋任人。即就君主方面論亦宜任法而毋自任。而其言所以不可自任者有三義。一曰。自任則不周也。二曰。自任則滋弊也。三曰。自任則叢怨也。以明法治之必要而已。

第三節　禮治主義與法治主義

日本穗積陳重博士曰。『原始社會者。禮治社會也。舉凡宗教道德慣習法律。悉舉而包諸禮儀之中。無論何社會。禮治先於法治。此徵諸古代史及蠻地探險記而可見者也。支那古代。謂禮為德之形。禮也者。行為之有形的規範。而道德之表彰於外者也。當社會發展之初期。民智蒙昧。不能依於抽象的原則以規制其行為。故取日用行習之。最適應於共同生活者。為設具體的儀容。使遵據之。則其於保社會之安甯。助秩序的

發達最有力焉故上自君臣父子兄弟夫婦朋友下逮冠昏喪祭宮室衣服飲食器具言語容貌進退凡一切人事無大無小而悉納入於禮之範圍夫禮之範圍其廣大如此此在原始社會其人民未慣於秩序的生活者以此裁制之而甚有效至易見也及夫社會確立智德稍進人各能應於事物之性質而爲適宜之自治行爲無取復以器械的形式制馭之而固定之禮儀或反與人文之進化成反比例此禮治之所以窮而敝也「法學協會雜誌第二十四卷第一號論文「禮ト法」其於禮治主義之起原發達及其得失言之殆無餘蘊矣。

儒家崇信自然法而思應用自然法以立人定法其所立之人定法則禮是也今先述儒家所言禮之定義

（記樂記）禮也者理之不可易者也

（又）禮者天地之序也

（又）大禮與天地同節

（又禮運）夫禮先王以承天之道以治人之情

（又仲尼燕居）夫禮所以制中也

（又禮運）禮也者義之實也

(又禮器)禮也者。合於天時。設於地利。順於鬼神。合於人心。以理萬物者也。

(又)禮也者。物之致也。

(荀子致士篇)程者物之準也。禮者節之準也。

(又禮論篇)禮者。斷長續短。損有餘。益不足。達愛敬之文。而滋成行義之美者也。

(記樂記)禮節民心。

(又禮器)禮衆之紀也。紀散而衆亂。

(又坊記)禮者因人情之節文。以爲民坊者也。

(又)夫禮。坊民所淫。章民之別。使民無嫌。以爲民紀者也。

(又樂記)禮者所以綴淫也。

(又)禮者將以平好惡。而反人道之正者也。

(又曲禮)夫禮者。所以定親疏。決嫌疑。別同異。明是非也。

(又仲尼燕居)禮者何也。即事之治也。有其事。必有其治。

(又禮器)禮也者。猶體也。體不備。君子謂之不成人。

(說文示部)禮、履也。段注云。見禮記祭義。(案祭義云禮者履此者也)周易序卦傳。履足所依也。引申之。凡所依皆曰履。

論著一

(孔穎達禮記正義引鄭玄說)禮者。體也。履也。統之於心曰體。踐而行之曰履。

(又引賀瑒說)其體有二。一是物體。言萬物貴賤高下小大文質各有其體。二曰禮體。言聖人制法體此萬物。使高下貴賤各得其宜也(中略)物雖萬體。皆同一履。履無兩義也。

綜上所述。則禮之定義。可得而明焉。曰『禮也者。根本天地之自然法而制定之於具體的。為一切行為之標準。以使人民踐履之者也。所謂理。所謂義。所謂中。所謂天之道。所謂天地之序。天地之節。皆謂自然法也。有其事必有其治。即有物有則之義也。此自然法。本為具體的。當禮之未生。目前已存在。而聖人則研究之。於抽象的求得其條理而應用之。於事事物物。復制為具體的儀式。以為事事物物之標準。而使民率循。(賀氏謂其體有二。一是物體。然謂一物體二禮體。則不當。當以道體與禮體並列。蓋物與事同。皆道與禮之目的物而已。)荀子又曰。若夫斷之繼之。博之淺之。益之損之。類之盡之。盛之美之。使本末終始莫不順比。足以為萬世則。則是禮也。(禮論篇)是其義也。然則禮也者。一種具體的之人定法。而儒家所認為與自然法有母子血統的關係者也。但既由自然法抽象而來。故雖認為固定體而固定之程度。比較的不如自然法之強。故儒家謂自然法之道為絕對的不變者。謂人定法之禮為比較的可變者。

今述其說，

(記曲禮)禮從宜使從俗。

(又禮器)禮時為大。順次之。體次之。宜次之。稱次之。

(又禮運)故禮也者。義之實也。協之義而協。則禮雖先王未之有。可以義起也。

(又樂記)三王異世。不相襲禮。

由是觀之。則儒家謂禮不純為創造的而兼為發達的。制禮者可承認慣習以為禮。猶立法者可承認慣習以為法也。故所重者不在禮之數而在禮之義。記郊特牲云。「禮之所尊。尊其義也。失其義。陳其數。祝史之事也。故其數可陳也。其義難知也」此猶言法者。非徒重法文而尤重法之精神也。

是故儒家言禮之効用。與法家言法之効用。正同。儒家之言曰。

(記經解)禮之於正國也。猶衡之於輕重也。繩墨之於曲直也。規矩之於方圓也。故衡誠縣。不可欺以輕重。繩墨誠陳。不可欺以曲直。規矩誠設。不可欺以方圓。君子審禮。不可誣以姦詐。

(荀子禮論篇)故繩墨誠陳矣。則不可欺以曲直。衡誠縣矣。則不可欺以輕重。規矩誠設矣。則不可欺以方圓。君子審於禮。則不可欺以詐僞。故繩者直之至。衡者平之至。規矩者方圓之至。禮者人道之極也。

法家之言曰。

(慎子)有權衡者不可欺以輕重。有尺寸者不可差以長短。有法度者不可巧以詐僞。(馬氏意林引)

(管子明法篇)是故有法度之制者。不可巧以詐僞。有權衡之稱者。不可欺以輕重。有尋丈之數者。不可欺以長短。

(尹文子大道上篇)以度審長短。以量受多少。以衡平輕重。以律均清濁。以名稽虛實。以法定治亂。

由是言之。則儒家之言禮。法家之言法。皆認爲行爲之標準。儒家所謂中禮不中禮。即法家之所謂適法不適法也。二者就形質上就效用上其觀察點全同。雖謂非二物。可也。

故儒家以禮爲治國治天下唯一之條件。其言曰。

(孝經)安上治民。莫善於禮。

(記祭統)凡治人之道。莫急於禮。

(又禮運)聖人以禮示之。故天下國家可得而正也。

(又)故治國不以禮。猶無耜而耕也。

(又)故唯聖人爲知禮之不可以已也。故壞國喪家亡人。必先去其禮。

(又)是故。禮者。君之大柄也。

(又哀公問)爲政先禮。禮其政之本與。

(又祭義)致禮樂之道而天下塞焉。舉而措之無難矣。

(又樂記)樂至則無怨。禮至則不爭。揖讓而治天下者。禮樂之謂也。

(又經解)故禮之敎化也微。其止邪也於未形。使人日徙善遠罪而不自知也。是以先王隆之也。

(又曲禮)人有禮則安。無禮則危。

此皆極言禮治之效用也。

然儒家關於禮之觀念。與關於法之觀念。亦非全無差別。試舉之。

(論語)道之以政。齊之以刑。民免而無恥。道之以德。齊之以禮。有恥且格。

(記樂記)禮節民心。樂和民聲。政以平之。刑以齊之。禮樂刑政。四達而不悖。則王道備矣。

此所謂刑。即法也。古代所謂刑。其本義即指法律。其引申之義。乃爲刑罰。法律者。刑字之廣義也。刑罰者。刑字之狹義也。說見第三章。然則禮之與法。散言則通。對言則別。儒家固非盡排斥法治。然以禮治爲主點。以法治爲補助。蓋謂禮治所不能施之範圍。然後以法治行之也。

然則禮治與法治之範圍。亦有界線乎。曰、有之。

(記曲禮)禮不下庶人刑不上大夫

(荀子富國篇)由士以上則必以禮樂節之衆庶百姓則必以法數制之

荀子此文、實曲禮彼文之注脚也。刑不上大夫者、刑即廣義之刑、謂法也。荀子所謂法數是也。吾國古代亦有等族制度、士以上即貴族、衆庶即平民也。其權利義務、皆滯然懸殊。於是以禮治刑治(法治)嚴區別之。其所以生此區別者、蓋在古代宗法社會、莫不有賤彼貴我之觀念、此各國所同、非獨我也。英人甄克思曰。「宗法社會、以種族爲國基。故其國俗。莫不以羼雜爲厲禁、方社會之爲宗法也、欲入其樊而爲社會之一分子。非生於其族。其道莫由。其次則螟蛉果蠃之事。然其禮俗至嚴。非與例故胳合者。所弗納也。(嚴譯社會通詮第七六葉)坐是之故、其禮俗習故傳自先祖遺訓者、常神聖視之、而不許異族之適用、故古代法律、非如今之屬地主義、而恒取屬人主義、皆此之由、此其例證、求諸羅馬法最易見、羅馬原有之法律名「周士斯委爾」Jus Civile 專適用於羅馬人、其後侵略日廣、歸化者日衆、於是別造一種法律「名周士和那拉廉」Jus Honorarium 者。(此譯蠻民法)以治羅馬種人以外之人、此兩法至今猶存、斑斑可考也、吾古代所謂

禮者以治同氣類之貴族所謂刑法者以治歸化之賤族書呂刑曰『苗民弗用靈制以刑惟作五虐之刑曰法』此刑法之起原最可信據者。苗民即異族之歸化者。故書又曰。黎民於變時雍。凡古代所謂民。皆以別於士大貴族也。民賤族也。由此觀之則所謂禮者即治本族之法律所謂刑者即治異族之法律其最初之區別實如是洎夫春秋以降漸由宗法社會以入軍國社會固有之貴族孳乳寖多特別權利有所不給而疇昔所謂異族久經同化殆不可識別於是社會大變革之機迫於眉睫治道術之士咸思所以救其敝而儒家則欲以疇昔專適用於貴族之法律(即禮)擴其範圍使適用於一般之平民法家則欲以疇昔專適用於平民之法律(即刑與法)擴其範圍使適用於一般之貴族此實禮治法治之兩大爭點而中國進化史上一大關鍵也

夫禮也者取一切行爲而悉爲之制定一具體的形式然行爲者應於社會之變遷而其形式不得不變遷者也於是乎所制定之具體的勢難閱百年而猶與社會相適故在昔可爲社會進化之助者在後反爲社會進步之障而所謂行爲者自洪迄纖其數累億其所謂禮者亦不得不洪纖悉備其數累億非徒非人力所能悉制定抑尤非人

力所能悉記憶。故當戰國以還。社會之變遷日益劇急。而諸子百家之對於儒教之禮治主義。其攻難亦日益甚。又勢使然也。是以道家墨家法家等。羣起而與禮治主義爲敵。

(莊子馬蹄篇)及至聖人。摘僻爲禮。而天下始分矣。

(史記太史公自序)夫儒者以六藝爲法。六藝經傳以千萬數。累世不能通其學。當年不能究其禮。

(淮南子要略)墨子初學儒者之業。受孔子之術。以爲其禮煩擾。傷生害業。靡財貧民。

(墨子非儒篇)孔某盛容修飾以蠱世。弦歌鼓舞以聚徒。繁登降之禮以示儀。務趨翔之節以勸衆。儒學不可以議世。勞思不可以補民。累壽不能盡其學。當年不能行其禮。

此道墨兩家相攻難之說也。(多不及悉舉)道墨兩家。其立脚點爲極端的相反。惟其對於禮治主義之批評。則略相同。即一曰束縛過甚。二曰繁縟難行也。

法家亦攻難禮治主義。惟其所以攻難者。則觀察點全異。蓋道墨兩家謂禮治主義病在干涉程度太過。法家則謂禮治主義病在干涉程度不足也。今舉其說。

(韓非子顯學篇)夫聖人之治國。不恃人之爲吾善也。而用其不得爲非也。恃人之爲吾善也。境內不什數。用人不得爲非。一國可使齊。爲治也用衆而舍寡。故不務德而務法。夫必恃自直之箭。百世無矢。恃自圜之木。千

世無輪矣。自直之箭。自圜之木。百世無有一。然而世皆乘車射禽者何也。隱括之道用也。雖有不恃隱括而自直之箭自圜之木。良工弗貴也。何則。乘者非一人。射者非一發也。不恃賞罰而恃自善之民。明主弗貴也。何也。國法不可失而所治非一人也。今或謂人曰。使子必智而壽。則世必以為狂夫。智性也。壽命也。性命者非所學於人也。而以人之所不能為說人。此世之所以謂之為狂也。謂之不能然則是諭也。夫諭性也。以仁義教人。則是以智與壽說也。有度之主弗受也。故善毛嬙西施之美。無益吾面。用脂澤粉黛。則倍其初。言先王之仁義。無益於治。明吾法度。必吾賞罰者。亦國之脂澤粉黛也。今巫祝之祝人曰。使若千歲萬歲。千歲萬歲之聲聒耳。而一日之壽無徵於人。此人之所以簡巫祝也。今世儒者之說人主。不善今之所以為治。而語已治之功。不審官法之事。不察姦邪之情。而皆道上古之傳譽先王之成功。儒者飾辭曰。聽吾言則可以霸王。此說者之巫祝。有度之主不受也。

(又五蠹篇) 若夫賢良貞信之行者。必將貴不欺之士。貴不欺之士。亦無不欺之術也。布衣相與交。無富貴以相利。無威勢以相懼也。故求不欺之士。今人主處制人之勢。有一國之厚。重賞嚴誅。得操其柄。以修明術之所燭。雖有田常子罕之臣不敢欺也。奚待於不欺之士。今貞信之士不盈於十。而境內之官以百數。必任貞信之士。則人不足官。人不足官。則治者寡而亂者眾矣。故明主之道。一法而不求智。固術而不慕信

(又) 今有不才之子。父母怒之弗為改。鄉人譙之弗為動。師長教之弗為變。夫以父母之愛。鄉人之行。師長之智。三美加焉。而終不動其脛毛。不改。州部之吏。操官兵推公法而求索姦人。然後恐懼。變其節易其行矣。故父

母之愛。不足以教子。必待州部之嚴刑者。民固驕於愛聽於威矣。

(又八說篇) 是以有道之主。不求清潔之吏。而務必知之術。

(商君書開塞篇) 分定而無制。不可。故立禁。

(又) 古者民藂生而羣處。故求有上也。將以為治也。今有主而無法。其害與無主同。有法不勝其亂。與不法同。

(又畫策篇) 仁者能仁於人。而不能使人仁。義者能愛於人。而不能使人相愛。是以知仁義之不足以治天下也。聖人有必信之性。又有使天下不得不信之法。所謂義者。為人臣忠。為人子孝。少長有禮。男女有別。非其義也。餓不苟食。死不苟生。此乃有法之常也。聖王者不貴義而貴法。法必明。令必行。則已矣。

(又) 國之亂也。非其法亂也。非法不用也。國皆有法。而無使法必行之法。國皆有禁姦邪刑盜賊之法。而無使姦邪盜賊必得之法。

(又禁使篇) 其勢難匿者。雖跖不為非焉。

(尹文子大道上篇) 今天地之間。不肖實衆。仁賢實寡。趨利之情。不肖特厚。廉恥之情。仁賢偏多。今以禮義招仁賢。所得仁賢者萬不一焉。以名利招不肖。所得不肖者觸地是焉。故曰。禮義成君子。君子未必須禮義。名利治小人。小人不可無名利。(中畧) 上下不相侵與。謂之名正。名正而法順也。

(韓非子五蠹篇) 且夫以法行刑。而君為之流涕。此所以效仁。非所以為治也。夫垂泣不欲刑者。仁也。然而不可不刑者。法也。先王勝其法。不聽其泣。則仁之不可以為治亦明矣。

（又六反篇）故法之爲道前苦而長利。仁之爲道偷樂而後窮。聖人權其輕重。出其大利。故用法之相忍。而棄仁人之相憐也。

（又）夫陳輕貨於幽隱。雖曾史可疑也。懸百金於市。雖大盜不取也。不知則曾史可疑於幽隱。必知則大盜不取懸金於市。故明主之治國也。衆其守而重其罪。使民以法禁。而不以廉止。母之愛子也倍父。父令之行於子者十母。吏之於民無愛。令之行於民也萬父母。父母積愛而令窮。吏威嚴而民聽從。嚴愛之筴。亦可決矣。

（商君書定分篇）夫不待法令繩墨而無不正者。千萬之一也。故聖人以千萬治天下。故夫智者而後能知之。不可以爲法。民不盡智。賢者而後知之。不可爲法。民不盡賢。

（韓非子八說篇）慈母之於弱子也。愛不可爲前。然而弱子有僻行。使之隨師。有惡病。使之事醫。不隨師則陷於刑。不事醫則疑於死。慈母雖愛。無益於振刑救死。則存子者非愛也。母不能以愛存家。君安能以愛持國。

（管子七法篇）言是而不能立。言非而不能廢。有功而不能賞。有罪而不能誅。若是而能治民者。未之有也。

（中略）是何也。曰、形勢器械未具。猶之不治也。

（韓非子八說篇）古者人寡而相親。物多而輕利易讓。故有揖讓而傳天下者。然則行揖讓。高慈惠。而道仁厚。皆推政也。處多事之時。用寡事之器。非智者之備也。當大爭之世。而循揖讓之軌。非聖人之治也。

（尹文子大道篇上）故有理而無益於治者。君子弗言。有能而無益於事者。君子弗爲。君子非樂有言。有益於治。不得不言。君子非樂有爲。有益於事。不得不爲。故所言者不出於名法（中畧）明主不爲治外之理。

以上述法家言雖禮治主義之大概也。其論多不可悉舉。此舉其一斑耳。夫禮固爲一種之制裁力不可誣也雖然此社會的制裁力而非國家的制裁力也既名之曰國家則不可無强制組織而禮治之所施則勸導之謂而非督責之謂也語人以禮之當率循其率循與否惟在各人之道德責任心若其責任心薄弱視禮蔑如者爲之奈何法家則認人性爲惡謂能有完全之道德責任心者萬不得一故禮治不足爲治之具也（韓非子顯學篇。商君書定分篇。尹文子大道篇上。等所說。）又以爲人類當其以社會的分子之資格立於社會之下則社會所以制裁之者不得不專恃道德責任心若當其以國家的分子之資格立於國家之下則國家所以制裁之者於道德責任心外尚可以有他力焉（凡今世之人類。一面爲國家的分子。同時一面爲社會的分子。蓋國權所不干涉之範圍。即社會之範圍也。若夫未能建設國家之人類。則不爲國家的分子。而僅爲社會的分子耳。）而道德責任心之制裁實不完全之制裁也社會之性質不能爲强制的故不得不以不完全之制裁自滿足而國家既有强制的性質可以行完全制裁故不可徒恃道德責任心爲國民行爲之規律非惟不可恃抑亦不必恃也（韓非子五蠹篇所說）於此而僅恃道德責任心安於不完全之制裁則是國家自放棄其責任也夫人類之相率而組織國家誠以不完全之制裁不足以確

保秩序而增進幸福而思有所以相易也若既有國家而制裁之不完全仍一如其前則人之樂有國家也奚為也哉準此以談則強制的法治非徒國家之權利抑又國家之義務也（商君書開塞篇所謂）凡此皆法家之理想。與儒家絕異者也。平心論之。則儒家對於國家之觀念實不如法家之明晰非直儒家即道墨諸家皆然蓋儒道墨之論治也其主觀的無治之方針雖各各不同而客觀的所治之目的物則皆認國家與社會為同物故三家者與其謂之國家主義毋寧謂之社會主義之為尤得也我國之有國家主義實自法家始。

第四節　勢治主義與法治主義

法治必藉強制而始現實。強制必藉權力而後能行。故言法治者動與勢治相混。幾成二位一體之關係。（法家以勢治立言者甚多今不暇枚舉）雖然、法家決非徒任勢者。且決非許任勢者。凡以勢言法者非眞法家言也。今述其證。

（韓非子難勢篇）愼子曰。飛龍乘雲。騰蛇游霧。雲罷霧霽。而龍蛇與螾螘同矣。則失其所乘也。堯為匹夫。不能治三人。而桀為天子。能亂天下。吾以此知勢位之足恃。而賢智之不足慕也。堯教於隸屬而民不聽。至於南面

而王天下。令則行、禁則止。由此觀之。賢智未足以服衆。而勢位足以任賢者也。　應愼子曰。飛龍乘雲。騰蛇游霧。吾不以龍蛇爲不託於雲霧之勢也。雖然。專任勢。足以爲治乎。則吾未得見也。(中略)夫勢者。非能使賢者用己。而不肖者不用己也。賢者用之則天下治。不肖者用之則天下亂。人之情性。賢者寡而不肖者衆。而以威勢之利。濟亂世之不肖人。則是以勢亂天下者多矣。以勢治天下者寡矣。(中略)吾所以爲言勢者。中也。中者上不及堯舜、而下亦不爲桀紂。抱法處勢則治。背法去勢則亂。

此言法治與勢治之區別甚明。勢也者。權力也。法治固萬不能舍權力。然未有法以前。則權力爲絕對的。既有法以後。則權力爲關係的。絕對的故無限制。關係的故有限制。權力既有限制。則受治於其權力下者。亦得確實之保障矣。此義也。諸法家中。惟韓非最能知之。其他亦有見及者。

(韓非子八說篇)故仁人在位。下肆而輕犯禁法、偷幸而望於上。暴人在位。則法令妄而臣主乖、民怨而亂心生。故曰。仁暴皆亡國者也。

(又)人臣肆意陳欲曰俠。人主肆意陳欲曰亂。

(又難一篇)人主當事。遇於法則行。不遇於法則止。

(又大體篇)不急法之外。不緩法之內。

（文子上義篇）古之置有司也所以禁民使不得恣也其立君也所以制有司使不得專行也法度道術所以禁君使亻得橫斷也人莫得恣即道勝而理得矣

（管子任法篇）君臣上下貴賤皆從法此之謂大治

（又）此聖君之所以自禁也

（又法法篇）不爲君欲變其令令尊於君也

（又）故置法以自治立儀以自正也

（又權修篇）地之生財有時民之用力有倦而人君之欲無窮以有時與有倦而養無窮之君而度量不生於其間則上下相疾也

（又君臣篇上）有道之君者善明設法而不以私防者也而無道之君旣已設法則舍法而行私者也

綜上所述則法家非主張君權無限說甚明誰限之曰自限之自制法而受限於法故曰自限也此管子所以言自禁文子所以言禁君也夫商君以任勢聞者也然猶曰「以法正諸侯非私天下之利也議爲天下治天下（中略）今亂世之君臣區區然擅一國之利而當一官之重以便其私此國之所以危也（中略）是故明王任法去私」（修權篇）然則法家言與彼野蠻專制之治又豈可同年而語耶

第五節　法治主義之發生及其衰滅

法治主義。起於春秋中葉。逮戰國而大盛。而其所以然者。皆緣社會現象與前古絕異。一大革命之起。迫於眉睫。故當時政治家不得不應此時勢以講救濟之道。鄭子產鑄刑鼎。晉叔向難之。子產曰。僑不才。不能及子孫。吾以救世也。（左傳昭六年）救世一語。可謂當時法治家唯一之精神。蓋認為一種之方便法門也。當時論法律學研究之必要者尚多。今更舉之。

（商君書開塞篇）今世强國事兼并。弱國務力守。上不及虞夏之時。下不修湯武之法。故萬乘莫不戰。千乘莫不守。此道之塞久矣。而世主莫之能廢也。故三代不四。非明主莫有能聽也。古之民樸以厚。今之民巧以僞。故效於古者。先德而防。治於今者。前刑而法。此俗之所惑也。

（韓非子五蠹篇）夫古今異俗。新故異備。如欲以寬緩之政。治急世之民。猶無轡策而御駻馬。此不知之患也。

（淮南子要略）齊桓公之時。天子卑弱。諸侯力征。南夷北狄。交伐中國。中國之不絕如綫。齊國之地。東負海而北彰河。地狹田少。而民多智巧。桓公憂中國之患。苦夷狄之亂。欲以存亡繼絕。故管子之書生焉。（中略）申子者。韓昭釐之佐。韓、晉別國也。地徼民險。而介於大國之間。晉國之故禮未滅。韓國之新法重出。先君之令未收。後君之令又下。新故相反。前後相繆。百官背亂。不知所用。故刑名之書生焉。秦國之俗。貪狼强力。寡義而趨利。

可威以刑。而不可化以善。可勸以賞。不可厲以名。被險而帶河。四塞以爲固。地利形便。畜積殷富。孝公欲以虎狠之勢而呑諸侯。故商鞅之法生焉

當時諸家書言法治主義之萬不容已者尙多。匪暇枚舉。若淮南子此論。於其所以然之故。最能道破矣。大抵當時法治主義之動機有二。一曰消極的動機。二曰積極的動機。消極的動機者何。其在國家內部。階級制度之敝已達極點。貴族之專橫爲施政上一大障礙。非用嚴正之法治。不足以維持一國之秩序。故商君變法。劓公子虔而黥公孫賈。其他如子產李悝申不害之流。皆莫不首鋤貴族。蓋非是而國家內部之統一。將不可望也。積極的動機者何。當時交通既開。兼幷盛行。小國寡民。萬不足以立於物競界。故大政治家莫不取殖產主義與軍國民主義。即所謂富國强兵者是也。而欲舉富國强兵之實。惟法治爲能致之。蓋非是而國家外部之膨脹。將不可望也。由是觀之。則法治主義者。實應於當時之時代的要求。雖欲不發生焉而不可得者也

故法治主義對於其他諸主義。最爲後起。而最適於國家的治術。今比較而示其位置。

治術
- 放任主義
- 非放任主義
  - 人治主義
  - 非人治主義
    - 禮治主義
    - 非禮治主義
      - 勢治主義
      - 非勢治主義（即法治主義）

法治主義。對於放任主義。則彼乃不治的。而此乃治的也。其對於人治主義。則彼乃無格式的。而此乃有格式的也。其對於禮治主義。則彼乃無強制力的。而此乃有強制力的也。其對於勢治主義。則彼乃無限制的。而此乃有限制的也。此法治主義之位置也。

（附言）勢治主義與人治主義略相類。似不得區別、惟人治主義。墨家及儒家中一部分所主張也、（墨家專標尚賢爲一宗旨。明是人治主義。儒家中。則荀子實持人治主義者也、）勢治主義。法家中一部分所主張也。言人治主義者。徒恃感化力而不恃制裁力。言勢治主義者。則以制裁力爲神聖。而謂此力由自然人之君主而來者也。法治主義亦認此力由君主而來。而屬諸國家機關的君主。不屬諸自然人的君主矣。此其所以異也。

夫以法治主義之適於國家的治術。既已若此。宜其一度發生之後。則繼長增高。有進無已、乃其占勢力於政界者。不過百數十年。不移時而遂歸澌滅者何也。吾推求其原因有三端焉。秦漢以還驟開布衣帝王布衣卿相之局所謂貴族階級者消滅殆無復痕跡而天下一家又非復列國並立弱肉强食之舊於是所謂時代之要求者就消極積極兩方面觀之其需要法治之亟已不如其前故戰國時句出萌達之國家觀念漸成秋扇而固有之社會觀念復起而代之夫法治主義與國家觀念密切而不可離者也國家觀念衰則法治主義隨之此其衰滅之原因一也。我國人最富於保守性質而儒家學說適與之相應法家學說適與之相盭儒家既緣舊社會之慣習而加以損益有以合於一般之心理而派中復多好學深思之士能繼續其學以發揮光大之法家既以後起其劇烈之改革逆乎人心而派中實行家多理論家少秦漢以還無復有能衍其學說以與舊派對抗者此其衰滅之原因二也。法律原與道德相互為用蓋社會之制裁力與國家之强制力是一非二故近今法治國之法律莫不採人道主義雖謂法律為道德之補助品焉可也然則謂有法律而可以無道德焉其不當也明甚謂有

法律而不許復有道德焉其滋不當也明甚而法家一部分之說動走於極端認道德之性質與法律之性質爲不相容以排斥道德爲一種戰術夫即以今世之法治國使其擧一切敎育事業悉蔑棄之僅以法律爲維持社會秩序唯一之器械則其社會現象復當何如太史公曰法令者治之具而非制治淸濁之原斯言諒矣以今世之法治國有完全之國家根本法者而徒法猶且不可況乎戰國時代所謂法治其機關之整備其權限之嚴明遠不如今時而乃先取道德而擯排之雖足以救一時而其道之不可久有斷然矣此其衰滅之原因三也。

綜此三因。故法治主義、雖極盛於戰國之季。然不移時而遽就滅亡。秦幷六國。大一統、主政者實爲李斯。李斯本荀卿之徒。而應於時代之要求。不得不采用法家說、以荀卿之人治主義與不完全的法治主義相和合則成爲勢治主義而已其於法治主義之眞精神去之遠矣然則李斯實用術者而非用法者也（參觀附言）故謂法治主義逮李斯而已亡可也及漢之興、蕭何用刀筆吏佐新命。入關首收秦律。因沿以制漢律。然簡單已甚張蒼以明律爲丞相。然寡所設施。（史記張丞相列傳云。『是時蕭何爲相國。而張蒼乃自秦時爲柱下史。明習天下圖書計籍。蒼又善用算律曆。故令蒼以列

侯居相府。」然則蕭何律殆由蒼起草耶。其大師見於史者惟有一張恢。史記鼂錯列傳云。『學申商刑名於軹張恢先所。(索隱云軹縣人張恢先生)與洛陽宋孟及劉禮同師。』然則張恢必當時法學大師也 其勢力固已不逮儒家遠甚。孝文雖好之。史記儒林傳云孝文好刑名之言 然方欲與天下休息。未遑實行。竇太后又好黃老術。亦見儒林傳 蓋文景間實放任主義制勝之時代也。孝武即位。雜用儒法。互相水火。今傳鹽鐵論一書。後漢桓寬撰。乃敘述始元六年丞相御史與所舉賢良文學論辨鹽鐵均輸之利害者也。兩黨各持一見。互相詰難。洋洋十數萬言。實儒法興亡之一大公案也。其事雖在昭帝時。實則兩家衝突之局。當武帝時代最甚也。卒乃表章六藝。罷黜百家。儒術立於學官。尊爲國教。自玆以往。法治主義殆見擯於學界外矣。其後雖大儒馬鄭二君。亦著漢律章句。魏明帝時。曾置律博士。晉書刑法志云。『叔孫宣郭令卿馬融鄭玄諸儒章句。十有餘家數十萬言。』又云。『衞覬請置律博士。轉相教授。事遂施行。』然皆屬於解釋派。非復戰國法家之舊。且其學不昌。蓋自漢以來法治主義陵夷衰微以迄於今日。

（附言）當時法家言。以法術對舉。韓非子定法篇云。『申不害言術。而公孫鞅爲法。』又云。『徒法而無術。徒術而無法。不可。』蓋法與術非同物。甚明。法乃具體的。而術乃抽象的也。若李斯謂之能用術則有之。謂之能用法則未可也。故不可指爲純粹的法家也。

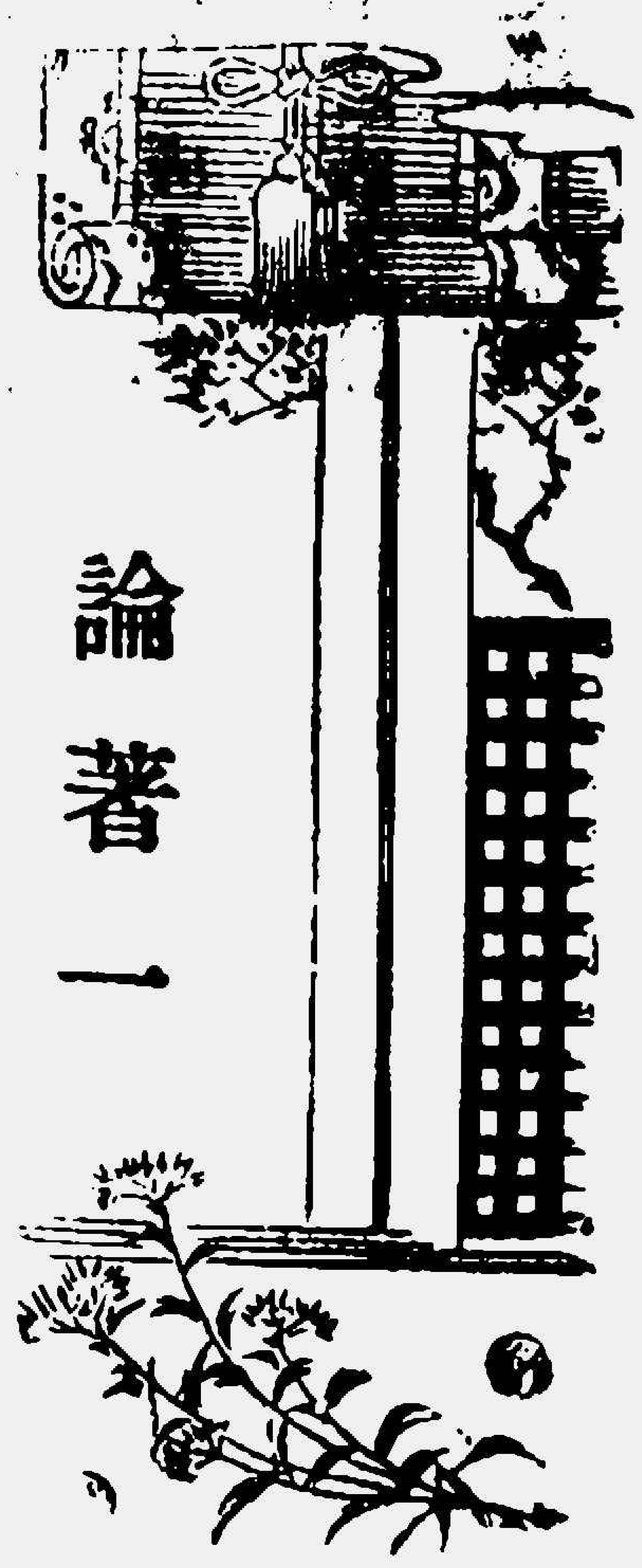
論著一 三十四

（此章已完全論未完）

◎正誤記

			（誤）	（正）
第五號	第二葉	第十三行	矣	矣。
〃	第十五葉	〃	刁	刀。
〃	第二十二葉	第十一行	國體說	團。體說
〃	第三十葉	第四行	於法之概念	關。於法之概念
〃	第三十七葉	第六行	獲麟	麟獲
〃	第四十三葉	第十三行	辟於義	辟於其。義

又前號記載二有題爲「雜狙」者宜入雜纂一門合并更正



論中國成文法編制之沿革得失

飲冰

（自敘）

一本論原爲拙著「中國法理學發達史論」之附錄及著成時則已累數萬言附庸蔚爲大國且其論全屬於法理學範圍外與原題名義不相應故析之別自爲篇

一成文法之定義謂國家主權者所制定而公布之法律也不著竹帛之慣習法其非成文法不俟言即已著諸竹帛如君主之詔勅及法廷之判決例實際上雖與法律有同一之効力然名義上未經主權者指定賦與法律之名仍不能謂之成文法本論所論者以此定義爲斷

一成文法復可分爲兩種一曰單行法謂隨時頒布之法律也二曰法典夫單行法之上或集錄前此之單行法而勒爲大典者也本論所論者兼此兩種

一此類之文全基於事實事實不備則譌誤滋生著者越在海外參考之書無多其中闕失知所不免伏乞讀學之士惠而教之

論著一

一本論最重要之參考書爲二十四史中所有之刑法志及藝文經籍志通典續通典皇朝通典文獻通考續文獻通考皇朝文獻通考唐六典唐律疏義大淸律例唐會要其日本人所著書則織田萬之淸國行政法淺井虎夫之支那法制史廣池千九郎之東洋法制史序論田能村梅士之世界最古之刑法穗積陳重之法典論奥田義人之法學通論梅謙次郎之民法原理及其他各雜誌之論文等

（目次）

第一章　緒論
第二章　戰國以前之成文法
第三章　李悝之成文法
第四章　兩漢之成文法
第五章　魏晉間之成文法
第六章　唐代之成文法
第七章　宋代之成文法
第八章　明淸之成文法
第九章　成文法之淵源

第十章 成文法之公布
第十一章 前此成文法之闕點
第十二章 今後法典編纂之方針及其預備

第一章 緒論

人類之始爲社會其間固自有種種慣習以爲之制裁是即法律之所由起也故法律之起可謂之先於國家及社會既形成國家而前此所謂制裁力者漸以强制執行之主治者與受治者之關係既確定慣習變爲慣習法主治者復以其意之所是非制爲禁令而一國人皆有服從之之義務此法律發達之第一級也然慣習雖經承認禁令雖經厲行而或僅從實際方面遇事而發表其權力作用而未嘗以文句泐爲一定之科條使國中以共守或雖有文句而以隱而秘之爲政治上之妙用故法律之爲物屬於理官之所專有而人民莫能睹其端倪其意蓋以法律者統治之要具也爲主治者而立非爲受治者而立而主治者惟常示民以不可測乃能威天下而善其治故

有法而不公諸民與無法同及夫統治作用漸進步主治者以種種原因不得不取前此之慣習及禁令泐爲條文而特命之以法律之名。日本法政新誌第九卷第七號法學博士仁保龜松著「論法律之發達」云法律之由不文法以進於成文法也。固由文字之利用。方法之進步。自然爲外形之發達。雖然。徵諸各國之立法史。其以文字表示法律者。莫不有其極重大之政治的理由。有欲確表立法之本意。使執法官及臣民咸知所適從者。名曰訓示的立法。如我日本聖德太子之憲法。北條氏之貞永式目。是也。有欲明示權力行使之準則擧權利保障之實者。名曰治安的立法。如羅馬之十二銅表法、英國之大憲章。是也。有欲表明立法之意思。示統治權之威力者。名曰威壓的立法。如希臘古代之多拉哥血法是也。有欲保存不文法。使便記憶者。名曰保存的立法。如德意志中世之索遜士比奇、疏華彬士比奇。是也。 又以不致而誅之爲罔民也乃以法律代一種之敎規泐而布之使一國知所守於是所謂成文法者見焉此法律發達之第二級也成文法之初起不過隨時隨事制定爲多數之單行法及單行法發布既多不得不最而錄之於是所謂法典者見焉然法典之編纂其始毫無組織不過集錄舊文而已及立法之技量稍進於是或爲類聚體之編纂或爲編年體之編纂畫然成一體裁及立法之理論益進於是更根據學理以爲編纂凡法律之內容及外形皆有一定之原理原則以組織之而完善之法典始見此法律發達之第三級也今更詳密表示之如下。

- 法
  - 社會法
  - 國家法
    - 不文法
    - 成文法
      - 不公布之成文法
      - 公布之成文法
        - 單行成文法
        - 集合成文法（法典）
          - 無組織的集合
          - 有組織的集合
            - 非學理的組織
            - 學理的組織

以上諸階級。實各國法律之形體的進化所必經也。日本法學博士穗積陳重法典論曰。『法律有實質與形體之二原素。一國之法律。果適於興國利進民福乎。此法律之實質問題也。一國之法令。果簡明正確而成法文。使人民容易知權利義務之所在乎。此法律之形體問題也。』本論之範圍。屬於形體問題。而不及實質問題。

我國自黃帝堯舜時代。即已有國家法。而虞夏之間。成文法之痕跡。見於故書雅記者。漸可考見。迨夫周代。成文法之公布。遂認為政府之一義務。及春秋戰國而集合多數單行法。以編制法典之事業。已萌芽。後漢魏晉之交。法典之資料。益富。而編纂之體裁。亦益講。有組織的之大法典。先於世界萬國而見其成立。羅馬法典之編成。在西歷五百三十四年。當我梁武帝中大通六年。晉新律之頒布。在晉武帝泰始四年。當彼二百六十八年。唐宋明清。承流蹈軌。滋粲然矣。其所以能占四大法系之一。而爛然有聲於世界者。蓋有由也。

雖然。法律之實質。既已歷二千餘年。無所進步。即其形體。亦沿漢晉隋唐之舊。卷帙條

目雖加增而組織之方法卒未一變馴至今日而固有之法系殆成博物院中之裝飾品其去社會之用日遠勢不得不採他人之法系以濟其窮蓋編纂新法典之論漸入於全國有識者之腦中促政府當道以實行而政府當道外迫於時勢內鑒於輿論其實行之機抑已漸動今後最重要問題即編纂新法典之問題申言之即新法典當以何等方法從事編纂之問題也雖然法律者非創造的而發達的也然則非徒有外國之法律智識。而遂足以語於立法事業。而本國法律之沿革。與夫社會之需要。皆不可不深厝意焉。夫法律當如何而適於社會。此實質問題。非本論所及也。本論之意。欲就法律之形體一商榷焉。故略敘成文法編制之沿革。而以東西碩學之論證其得失云爾。

第二章　戰國以前之成文法

我國成文法之起原。不可確指。然以數千年來之思想。往往視法律與命令同爲一物。蓋君主之詔勅。得稱之爲實質的法律。故說文典下云。五帝之書也。而後此法律即以五帝書之名名之。是五帝書。即最古之一種法律也。左傳有三墳五典之目。但其書久佚。不識內容云何。以今尙書有堯典一篇推之。則古之五典。當亦不過爾爾。殆記載一

古帝王之言論行事以爲法程。其視後世之成文法。相去固甚遠。逸周書武王踐祚篇云。王召師尙父問曰。黃帝顓頊之道存乎。師尙父曰。在丹書。明楊愼釋之曰。丹書。古人之法律書名也。（丹鉛錄）日本先儒蘆東山氏曰。黃帝與宗室大臣國人相約之言。書於丹圖者。（無刑錄）凡此皆後人揣度之詞。不可徵信。丹書殆即五典之類。或即五典之一部耳。

我國之法系。其中一部分。殆可謂繼受苗族之法系而來。蓋我國文明。實濫觴於揚子江流域。若刑法者。我之受之於彼。又載籍所明示也。書呂刑云。「苗民勿用靈。制以刑。惟作五虐之刑。曰法。殺戮無辜。爰始淫爲劓刵椓黥。越茲麗刑。」是五刑爲苗族所創。其跡甚明。墨子尙同中亦云。「譬之若有苗以五刑然。」亦其證也。自黃帝迄於舜禹。我族與苗族爲劇烈之競爭。卒代之以興。於是彼族之文明。吸收以爲我用。刑法於是起焉。而此種刑法。初但還以施諸彼族。不以施諸我族。書呂刑又云。「皇帝哀矜庶戮之不辜。報虐以威。遏絕苗民。」是當時我刑法爲限用於苗族之特別法。報虐以威者。謂苗人以虐制刑。還以刑威之也。書堯典亦曰。「帝命皋陶。蠻夷猾夏。寇賊姦宄。汝作

士。』皐陶爲司法官而其職權所轄治者乃在蠻夷是其證也左傳僖二十五年云『德以柔中國刑以威四夷』此殆上古時普通之觀念也記曲禮云『禮不下庶人刑不上大夫。亦是此意、（參觀拙著中國法理學發達史第五章）

（附言）唐律名例篇云『諸化外人同類自相犯者。各依本俗法。異類相犯者以法律論』然則治異族人還以其族固有之法律實我國法學上之一原則。此原則導源於黃帝堯舜時代至唐時則明著諸法文中（唐律亦本前代此條爲唐律所特著。抑因襲前代成文。今不可考。）而今日之領事裁判權施行於國中而恬不以爲怪者亦自此觀念演出也古代法律率採屬人主義即羅馬法囘囘法莫不皆然又匪獨我矣

書堯典曰『象以典刑流宥五刑鞭作官刑扑作教刑金作贖刑眚災肆赦怙終賊刑』此數語可謂我國成文法之最古者象、即周官秋官所謂懸刑象之法於象魏也左傳昭十四年引夏書曰『昏墨賊殺咎繇之刑也』（咎繇即皐陶）然則皐陶之刑始必爲一種簡單的成文法特今不傳耳而唐律疏議叙云『堯舜時理官則謂之士而皐陶爲之其法略存而往往槩

見』然則其遺文至唐時或猶有存焉者矣。

我國古代禮與法視同一物。禮者即規律本族之法也。故凡禮制之著於竹帛者皆可認爲一種之成文法而書堯典云『修五禮』禮而言修則其據依成文可知。（堯典又云。自我五典五共哉。自我五禮有庸哉。五刑五用哉。五典五禮五刑。皆可認爲成文法。）論語云。『殷因於夏禮。所損益可知也。周因於殷禮。所損益可知也』此殆如漢律之因秦律大清律例之因大明律歟。

若禮而可認爲成文法。則周代所謂經禮三百曲禮三千者。其可謂最古而最繁博之法典焉矣。日本博士織田萬曰。『支那之行政法典實先於刑法典而成立。彼周禮實周公之政典。而世界最古之行政法典也。』（清國行政法第四葉）周禮一書。眞僞未有定論。織田氏之說。吾非能絕對的表同情者也、雖然。其書即依託。亦殆出於春秋戰國之間。然則語世界之行政法。猶未或能先也。但果屬依託者。則僅能命爲學說。而不得以冒法律之名耳。

德國碩學里斯特曰。『法律發達史之第一葉。必屬於刑法。』（清國刑法論第三葉）即我中國亦豈其能外此公例。今翻觀刑法方面。虞之五刑尚矣。尚書大傳曰。『夏刑三千。』左傳昭

六年曰。『夏有亂政而作禹刑。商有亂政而作湯刑。周有亂政而作九刑』。是夏商周三代。各各有成文刑法也。明甚。而書呂刑一篇。則法文之見於經傳而尤可信據者也。其他如周禮有懸法讀法之文。是皆非既有成文法以後不可。今以眞僞未明。姑略之。

逮於春秋。社會形勢一變。法治主義應於時代之要求而句出萌達。於是各國政治家咸以編纂法典爲當務之急。其成文法之名見於傳記者至夥。今臚舉之。

(一)齊之憲法　管子首憲篇云。『正月之朔。百吏在朝。君乃出令。布憲法於國。五鄉之師五屬大夫。皆受憲於太史。大朝之日。五鄉之師五屬大夫。皆身習憲於君前。太史既布憲。入籍於太府。憲籍分布於君前。五鄉之師出朝。遂於鄉官。致於鄉屬。及於游宗。皆受憲。』憲而有籍。則其爲成文法甚明。此殆管子所制定者也

(二)楚之僕區法　左傳昭七年云。『吾先君文王作僕區之法。曰、盜所隱器。與盜同罪。』杜注云。『僕區刑書名。』案此傳載楚無宇之言也。所謂僕區法者能舉其條文則其爲成文法可知

(三)楚之茅門法　韓非子外儲說右上云。『荊莊王有茆門之法。』

(四)晉之被廬法　左傳昭二十九年云『文公是以作執秩之官。爲被廬之法。以爲盟主。』案僖二十七年傳云。『於是乎蒐於被廬。』杜注云『晉常以春蒐禮改政令。敬其始也。』然則此法殆文公所制定。以蒐於被廬時頒之者也。

(五)晉之刑書刑鼎　左傳昭二十九年云『冬、晉趙鞅荀寅帥師城汝濱。遂賦晉國一鼓鐵。以鑄刑鼎。著范宣子所爲刑書焉。』然則此蓋一種新刑法。范宣子所制定。而趙鞅更鑄之於鼎以垂久遠者也。

(六)鄭之刑書　左傳昭六年云。『三月。鄭人鑄刑書。叔向使詒子產書曰。(前略)今吾子相鄭國。作封洫。立謗政。制參辟。鑄刑書。將以靖民。不亦難乎。(中略)復書曰。僑不才。不能及子孫。吾以救世也。』案所謂鑄刑書者。亦以成文之刑法鑄之於鼎也。至其法爲舊有之法。抑子產所新制定。傳無明文。

(七)鄭之竹刑　左傳定九年云。『鄭駟歂殺鄧析而用其竹刑。』杜注云。『鄧析、鄭大夫。私造刑法。書之於竹簡。故云竹刑。』案今傳鄧析子五篇。眞僞未定。鄧析殆當時之一法學者。自以意見制一新刑法。駟氏執政。從而承認之爲國家法也。

以上見於傳記者如此。大抵當時各國。莫不各有其成文法。而政治家亦以此爲最要之政策焉。蓋春秋以降構成國家之分子日趨複雜。非用强制組織無以統治之。而欲實行强制組織。莫亟於法律之公布。故各國汲汲於立法事業。而或著諸竹帛。或泐諸金石。刑鼎之製。與羅馬之十二銅表。東西同揆矣。韓非子定法篇云。『法者。憲令著於官府。刑罰必於民心者也。』其釋法之定義如此。可知成文法典。至其時而已大具矣。

第三章　李悝之成文法

語中國法制史上最重要之人物。則李悝其首屈一指矣。漢書藝文志法家。有李子三十二篇。原注云。『名悝。相魏文侯。富國强兵。』晉書刑法志曰。『秦漢舊律。其文起自魏文侯師李悝。悝撰次諸國法。著法經。以爲王者之政。莫急於盜賊。故其律始於盜賊。

盜賊須劾捕。故著網捕二篇。其輕狡、越城、博戲、借假、不廉、淫侈、踰制。以爲雜律一篇。又以其律具其加減。是故所著六篇而已。商君受之以相秦。漢承秦制。』（下略）又唐律疏義進律疏表云。『魏文侯師於李悝。集諸國刑典。造法經六篇。一盜法。二賊法。三四法。四捕法。五襍法。六具法。又漢相蕭何更加悝所造戶興廐三篇。謂九章之律。是爲九法』綜上兩文。則李悝在我國法制史上之位置。從可識矣。吾語其關係之最大者有二。

一曰立後此成文法之基礎　我國現行之律。繼受明律。明律繼受宋律。宋律繼受唐律。唐律繼受魏晉律。魏晉律繼受漢律。漢律繼受秦律。而秦律即李悝之原文也。然則二千年間之法律。無不以李悝所制定者爲藍本。不過因緣時代之需要。而有所損益云爾。法經六篇。雖亡。實則展轉間接。散存於今之大清律例者。尚不知凡幾。但孰爲原文。不可識別耳。故後世一切法典之對於法經。非徒母子血統的關係。而實一體化身的關係也。

二曰集前此成文法慣習法之大成　悝之法經。既撰次諸國法而成。然則前所列

擧之七種法。與夫不見於傳記之他種成文法。乃至各國未著於竹帛之慣習法。當莫不爲法經所網羅。蓋法經者。集局部法以爲一般法者也。我國法律之統一。自法經始。我國之有法經。猶法蘭西之有拿破命法典也。（法國前此各地方各有法律。莫能統一。現行民法。由拿破命時代制定。名爲拿破命法典、實集各地方法律之大成。棄短取長以編制之者也。其內容之豐富。與理由之深遠。雖非法經可擬。然其制定之歷史。頗相類矣。）故諸國法令。雖無一遺存。然以其爲法經之淵源。則東鱗西爪。藉法經之介紹。間接以散見於現行法律中者。殆非絕無矣。

第四章　兩漢之成文法

漢高初入關。宣言除秦苛法。與民約法三章。然條件太簡單、勢固不能實行、而蕭何首收秦圖籍律令。遂因秦律。（秦律六章即李悝法經也秦政法曰律）益爲九章。今舉其名以與法經相比較。

法經	盜法	賊法	囚法	捕法	雜法	具法			
漢律	盜律	賊律	囚律	捕律	雜律	具律	戶律	廐律	興律

張蒼者。故秦柱下史。以明律聞。蕭何辟爲相府主計。然則九章律之起草。殆出蒼手歟。

其後社會之現象日繁。法律之條件亦日密。終兩漢之世。其所謂實質的法律者。已數

十倍於前。其種類亦至夥。今縷舉之。

一曰律　此正式的成文法也。自蕭何益法經爲九篇。未幾叔孫通益律所不及爲傍章十八篇。張湯復爲越官律二十七篇。趙禹復爲朝律六篇。合六十篇。皆漢律正文也。後漢永元六年。廷尉陳寵上疏。謂律有三家。說各駁異。所謂三家者。即蕭、張、趙三氏所定之律也。其他見於史傳者。尙有尉律、尙方律、金布律、田律、上計律、錢律、田租稅律、大樂律、酎金律、挾書律、等。其詳不可得而聞。

二曰令●　凡在專制國。法律制定之權。悉操諸君主。故君主之詔令與法律有同一之效力。史記酷吏傳云。「前主所是著爲律。後主所是著爲令。」是令亦一種實質的法律也。然令亦有立法命令與行政命令之分。其立法命令。則史所稱「功令」所稱「著令」者是也。其後積久寖多。乃編次爲令甲令乙令丙等。漢書宣帝紀「令甲。死者不可生。刑者不可息。」顏注「如淳曰。令有先後。故有令甲令乙令丙。師古曰。淳說是也。甲乙者。若令之第一第二篇耳。」又晉書刑法志有「令景」之文。景即丙。避帝諱也。六朝時皆避丙作景。漢書刑法志謂孝武之末。律令凡三百五十九章。則其數之多可知。然律與令固非相雜厠者。說文衣部襄下引漢令云。解衣而耕謂之襄。系部縡下引漢律云。祠

宗廟丹書告也，絩下引漢律云。綺絲數謂之絩布。然則律與令各自爲編明甚此如日本之法令對文則別散文則通矣（日本之法令。法謂法律。令謂命令也。）漢令之名稱。見於史傳者。有田令、契令、光祿契令、廷尉挈令、水令、公令、養老令、馬復令、諸姬令、秩祿令、官衛令、憲令、金布令、任子令、祠令、胎養令、品令、等。其即在令甲令乙令丙之中。抑離而獨立。令不可考。

三曰比。 比者。今大清律例之所謂例也日本所謂判決例也。其義本於記王制王制曰。必察小大之比以成之是也。漢時稱爲決事比或稱法比或單稱比漢書刑法志。謂死罪決事比萬三千四百七十二事。則其繁、多、可、想。蓋法文有定而行爲之變態無窮以有定馭無窮勢必不給故折獄者不得不隨時比附此各國所不能免也而比附者或比附法文或比附條理（條理者。日本法律上專用之一名詞。裁判官於法文所不具者。則推條理以爲判決。如我國所謂準情酌理也。） 我國則於此兩者之外更有比附經義之一種比附法文者漢書刑法志云。『制疑獄者各讞所屬官長皆移廷尉。廷尉不能決具爲奏附所當比律令以聞。』史記張湯傳云『貧弱雖陷法曲文以出之其豪傑侵小民者以文內之』

是也。比附條理者。凡法文所不具者。法官憑其心之所安以爲斷。書呂刑所謂輕重諸罰有權。周官司刺職所謂求民情斷民中而刺上服下服之罪。是也。此自古有之。而漢代法文簡略。用之尤廣。漢書刑法志曰『姦吏轉相比況』又曰。『所欲活則傅生議。所欲陷則予死比』又曰。『奇請它比。日以益滋』唐律斷獄篇曰。諸制敕斷罪。臨時處分。不爲永格者。不得引爲後比。是即比附條理之意也。漢書刑法志又載孝景中五年詔云。『諸獄疑、雖文致於法、而於人心不厭者。輒讞之』然則雖有法文可按者。猶時或推條理以爲斷矣。比附經義者。我國崇古而尊經。視經義與國法有同一之効力。漢初法制未備。每有大事。朝臣得援經義以折衷是非。漢書張湯傳云。『湯爲廷尉。每決大獄、欲傅古義。乃請博士弟子治尚書春秋者補廷尉史。亭疑奏讞』又兒寬傳云。『寬爲廷尉椽、以古義決疑獄。奏輙報可』應劭奏上「漢儀」表云。晉書刑法志引『故膠東相董仲舒老病致仕。朝廷每有政議。數遣廷尉張湯親至陋巷。問其得失。於是作春秋折獄二百三十二事。動以經對』是也。應劭漢儀。自言撰具律本、章句、尚書舊事、廷尉板令、決事比例、司徒都目、五曹

詔書、等而成。所謂尙書舊事廷尉板令決事比例司徒都目。皆判決例。即所謂比也。晉書刑法志。謂『漢時決事集爲三百餘篇。及司徒鮑公撰嫁娶辭訟決。爲法比都目。凡九百六卷。』則當時判決例之浩瀚繁博。可以想見。而此等之在當時皆視之與律令有同一之効力者也。

晉書刑法志云。『漢興以來三百二年。憲令稍增。科條無限。』而魏律序略。雜引律有某條。令乙令丙有某條。科有某條。又言以省科文。又言於旁章科令爲省。然則科者當時一種法律之名。而與律令異其性質者也。殆即判決例。而漢時所謂比矣。不然。漢之法比九百餘卷。何序略不一引之耶。此說若信。則比與律令。有同一之効力益明。

四曰學說　以學說爲成文法之淵源。此各國法律史上所習見也。徵諸西史。凡學說之所以得變爲法律者。其途有四。(一)以解、釋、法、律、之、權。付諸、學、者。如羅馬帝奧古斯丁。選當時法律家付與解釋法律之權。其所解釋者稱爲學士說。Responsa Prudentium 直與法律同効力。是也。(二)直以、法、律、之、効、力。賦諸、學、說。如羅馬帝托多

條士。采當時碩儒巴比尼安等五家之著書。認爲國法。若五家說有互相牴牾者。則以巴比尼安說爲正。是也。(三)編纂學說以爲法典。如羅馬帝周士的尼安奴。編纂羅馬二十九大家之學說。爲一法典。名曰「的支士潭」是也。(四)學說養成慣習法者。學者之法律思想。浸灌人心。遂養成一種之慣習法。或裁判官採其學說以折獄。遂成爲判決例。而由慣習法或判決例。轉變成爲法律者是也。此四者。皆各國法制史上所常見也。我國漢代。如董仲舒之「春秋折獄」本非立法。亦非判決例。而後此經應劭採爲漢儀。獻帝承認之。遂成爲國法。又應劭之書。末附議駁八十二章。自言內二十六博採古今瓌瑋之士。是則前哲之學說也。內二十七劭所創造。是又劭之學說也。而皆經獻帝承認。又成爲國法矣。且當時大儒解釋法文者。尤爲繁賾。晉書刑法志云。「後人生意。各爲章句。叔孫宣郭令卿馬融鄭玄諸儒章句。十有餘家。家數十萬言。凡斷罪所當由用者。合二萬六千二百七十二條。七百七十三萬二千二百餘萬言。言數益繁。覽者益難。天子於是下詔。但用鄭氏章句。不得雜用餘家。」(案此所謂天子者魏明帝也) 由此觀之。當時法律解釋派之發達。殆不

讓。今之德國。夫七八百萬言之章句。恐合今玆日本諸家之法律注解。尙未逮其數也。而絕代大儒馬鄭二君。皆有成書。其博深切明。當無待言。惜乎今日無一字之能見也。而當時旣爲斷罪所當由用（由用猶遵行也）則其與法律有同一之効力甚明。逮魏明帝專認鄭氏章句。則又明賦與鄭說以法律之効力矣。

第五章　魏晉間之成文法

次於李悝法經而從事編纂法典之大業者。魏晉間之新律是也。蕭何之九章。雖稍益於秦舊。而以馭生事日繁之社會。旣大苦不給。故續頒之詔令。任意之判決例。及繁重之解釋。間雜錯出。動相矛盾。蓋至東漢之末。而律有六十篇。令有三百餘篇。法比有九百餘卷。章句有七百餘萬言。晉書刑法志評之曰。『事類雖同。輕重乖異。通條連句。上下相蒙。』又曰。『律文煩廣。事比衆多。』誠切中其弊也。於新法典編纂之必要。迫於眉睫。魏明初政。厲精圖治。乃命司空陳羣、散騎常侍劉邵、給事黃門侍郎韓遜、議郎庾嶷、中郎黃休、荀詵等。刪約舊科。傍采漢律。定爲魏法，制新律十八篇。州郡令四十五篇。尙書官令軍中令合百八十餘篇。其序略云。

舊律所難知者。由於六篇篇少故也。篇少則文荒。文荒則事寡。事寡則罪漏。是以後人稍增。更與本體相離。今制新律。宜都總事類。多其篇條。舊律因秦法經。就增三篇。而具律不移。因在第六。罪條例既不在始。又不在終。非篇章之義。故集罪例以為刑名。冠於律首。盜律有劫略恐猲和賣買人。科有持質。皆非盜事。故分以為劫略律。賊律有欺謾詐偽踰封矯制。囚律有詐偽生死。令丙有詐自復免。事類衆多。故分為詐律。賊律有賊伐樹木殺傷人畜產及諸亡印。金布律有毀傷亡失縣官財物。故分為毀亡律。囚律有告劾傳覆。廄律有告反逮受。科有登聞道辭。故分為告劾律。囚律有繫囚鞫獄斷獄之法。興律有上獄之事。科有考事報讞。宜別為篇。故分為繫訊斷獄律。盜律有受所監受財枉法。雜律有假借不廉。令乙有呵人受錢。科有使者驗賂。其事相類。故分為請賕律。盜律有勃辱強賊。興律有擅興徭役。具律有出賣呈。科有擅作修舍事。故分為興擅律。興律有乏徭稽留。賊律有儲峙不辦。廄律有乏軍之興。及舊典有奉詔不謹不承用詔書。漢氏施行有小愆之反不如令輒劾以不承用詔書乏軍要斬。又減以丁酉詔書。丁酉詔書漢文所下。不宜復以為法。故別為之留律。秦世舊有廄置乘傳副車食廚。漢初承秦不改。後以費廣稍省。故後漢但設騎置而無車馬。律猶著其文。則為虛設。故除廄律。取其可用合科者以為郵驛令。其告反逮驗。別入告劾律。上言變事。以為變事令。以驚事告急與興律烽燧及科令者。以為驚事律。盜律有還贓畀主。金布律有罰贖入責以呈黃金為價。科有平庸坐贓事。以為償贓律。律之初制。無免坐之文。張湯趙禹始作監臨部主見知故縱之例。其見知而故不舉劾。各與同罪。失不舉劾。各以贖論。其不見不知不坐也。是以文約而例通。科之為制。每條有違科不覺不知從坐之免。不復分別。而免坐

繁多。宜總爲免例。以省科文。故更制定其田例、以爲免坐律、諸律令中。有其赦制本條無從坐之文者。皆從此取法也。凡所增定十三篇。故就五篇合十八篇。於正律九篇爲增。於旁章科令爲省矣。

據此。則魏律之視秦漢律。其篇章大有所增損。編次亦多移易。若其內容。今雖不可得見。然於漢代詔令法比乃至諸家之學說。殆多網羅而抉擇之。其用力之劬。殆非初漢時代所得同年而語也。夫漢高本以駔儈弋大位。未嘗有立法制以福天下之志。其臣又非能有管仲子產李悝商鞅之才。可以任立法事業。蕭何一刀筆吏耳。叔孫通闒然媚世之賤儒耳。一國法制。全委於其手。故因陋就簡。蹈襲秦舊。東塗西抹。命爲漢制。及不周於用。則任嗣君之是非。以爲詔令。憑俗吏之抑揚。以爲法比。與原有之根本律分馳矛盾。曾無一貫之原則以樞紐之。無秩序。無統一。故法愈多而弊愈不可勝窮。蓋自文景武之世而學者已極言改制立法之不可以已矣。賈誼之告文帝曰。「人之所設。不爲不立。不植則僵。不修則壞。(中略)豈如今定經制。令上下有差。父子六親。各得其宜。姦人亡所幾幸。而羣臣衆信。上不疑惑。此業壹定。世世常安。而後有所持循矣。若夫經制不定。是猶度江河亡維楫。中流而遇風波。船必覆矣。」漢書本傳 董仲舒之對武帝曰。「繼

治世者其道同。繼亂世者其道變。』又曰。『琴瑟不調甚者必解而更張之乃可鼓也。爲政而不行甚者必變而更化之乃可理也。』漢書本傳 賈董皆一代大儒而其所主張咸謂當取一切法度爲根本的變更而別以良法組織之所論者不徒在刑法之一方面而己即就刑法一方面觀之亦歷歲愈久而敝愈甚漢書刑法志述孝武時代之現狀。謂『文書盈於几閣。典者不能偏睹。是以郡國承用者駮。或罪同而論異。姦吏因緣爲市』然則法文不整其毒害之及於社會者可以概見矣宣帝起閭閻。深知情弊。及即位。置廷平之官。秩六百石。員四人。 常自幸宣室決事。此殆如英王愛華德第三之設衡平裁判所矣英王爲濟普通法之弱。特命近侍法官。別設裁判所。許人民叩閽。其判決例。復別成爲衡平法。 然識者固已謂爲不揣其本而齊其末。鄭昌上疏曰。『若開後嗣。不若刪定律令律令一定。愚民知所避。姦吏無所弄矣。今不正其本而置廷平以理其末也政衰聽怠。則廷平將招權而爲亂首矣。』漢書刑法志 是最初倡修正刑法典之議者鄭昌也元帝成帝曾兩下詔議修正。元帝詔云。『夫法令者所以抑暴扶弱。欲其難犯而易避也。今律令煩多而不約。自典文者不能分明。而欲羅元元之不逮。斯豈刑中之意哉。』成帝詔云。今律令煩多。百有餘萬言。奇請它比。日以益滋。自明習者不知所由。欲以曉喻衆庶。不亦難乎。於以羅元元之民。夭絕亡辜。豈不哀哉。』 而臣下無足以當此重任者。業遂不就。班固論之曰。『有司無仲山父將明之

材不能因時斟宜主恩建立明制爲一代之法而徒鉤摭微細毛舉數事以塞詔而已是以大議不立遂以至今』誠傷之也蓋當西漢元平間編纂法典之機一動而遂不見結果蹉跎以迄東京之季固之言又曰。『議者或謂法難數變。此庸人不達疑塞治道聖智之所常患也。』又曰。『豈如惟思所以正本清源之論。刪定律令復古刑爲三千章』(俱見漢書刑法志)是班氏亦當時主張修正刑法論者之一人志中之言一篇間三致意焉此殆當時一般之輿論又非徒班氏一人意見而已和帝永元六年。廷尉陳寵復大倡是議亦蹉跎未行。獻帝建安元年。應劭以私人資格獨力纂述未臻完備，暫以適用，而當世大儒崔實鄭玄陳紀之流倡改革論益力夫漢律自孝武時代已苦其猥雜棼亂況復加以三百年間不秩序不統一之科令日出而不窮其有法等於無法漸演出無政府之現象勢所必然矣故編纂法典殆時代最急之要求而當日救濟社會唯一之手段也魏武相漢。陳紀子羣。復申父論，而操自謂不宜以藩國改漢制。復寢不行。直至魏明初政。天下稍蘇息，始克從事斯業。而陳羣即出其家學以當編輯之任蓋此舉爲一般學者之所倡垂數百年而至是始實行也及司馬文帝爲晉王。又以陳羣劉邵之

本。雖經改革。而科網本密。尙苦不周。又叔孫郭馬杜諸儒章句。但取鄭氏。未免偏黨。魏明帝時下詔諸家章句有相牴牾者以鄭玄說爲正乃命賈充更事編制。而以鄭沖、荀覬、荀勗、羊祜、王業、杜友、杜預、裴楷、周權、郭頎、成公綏、柳軌、榮邵十四人典其事。半皆一時名宿以學聞於世者也。於是就漢九章增十一篇。仍其族類。正其體號。改舊律爲刑名法例。辨囚律爲告劾繫訊斷獄。分盜律爲請賕詐僞水火毀亡。因事類爲衛宮違制。撰周官爲諸侯律。合二十篇。六百二十條。二萬六千七百五十七言。其一時權宜之制。不著於律。悉以爲令。犯令者則以律中違制之罪罪之。都凡律令合二千九百二十六條。十二萬六千三百言。爲六十卷。泰始三年事畢。武帝親自臨講。使裴楷執讀。四年正月。大赦天下。班新律焉。由此觀之。則此次編纂新律之事業。伏根於西漢中葉。大動於東漢之季。作始於魏代。而成就於晉初。學者提議於前。而政府實行於後。蓋議論亘於數百年之間。而草案成於數十人之手。雖其所改正者。萬不能如賈誼董仲舒之所期。且未必能如鄭昌班固之所期。要之。不可謂非歷史上之一大事也。今其書雖不存。然以載籍所可考見。其視漢舊律進化者有數端。

(一)嚴律令之界　漢代律令。併爲一談，至晉新律。則釐令於律之外。夫律者含有固定的性質一經施行雖人主亦不得以私意輕重者也故近世文明國嚴法律與命令之區別不許以命令變更法律當時雖未能如是。然別令於律其間自有主從之形其意蓋以令爲律之補助品也故曰『違令有罪則入律』然則非令能罪之而惟律能罪之也

(二)根據於學理　漢律采摭秦法。補苴一二。於立法所以然之故。少所推求。及經推行數百年雖復棼亂猥雜然解釋派大興學說如鯽其間所闡明學理定當不少魏晉襲之取精用宏去取之間殊非草草觀唐書經籍志所載。有劉邵撰律略論五卷賈充等撰刑法律本二十一卷。隋書經籍志題爲律本。無刑法二字。而下注杜預撰。大約其書成於杜預之手。但當時編律。以賈充領銜。故題賈充等耳。凡中國歷代官書。皆如是也。竊意當時晉律。殆由杜征南起草、故晉書刑法志。亦稱爲杜律。果爾則價值更高矣。凡此皆當時起草員之著述殆如日本之憲法義解民法原理等矣則其條文蓋必有學理上之根據無可疑也。晉書刑法志又稱明法掾張裴注律表上之其表文云『律相須而成若一體焉。刑名所以經略罪法。之輕重。正加減之等差。明發衆篇之多義。補其章條之不足。較舉上下綱領（中略）自始及終，往而不

窮變動無常周流四極不離于法律之中也其知而犯之謂之故意以爲然謂之失違忠欺上謂之謾背信藏巧謂之詐虧禮廢節謂之不敬兩訟相趣謂之鬬兩和相害謂之戲無變斬擊謂之賊不意誤犯謂之過失逆節絕理謂之不道陵上僭貴謂之惡逆將害未發謂之戕唱首先言謂之造意二人對議謂之謀制衆建計謂之率不和謂之强攻惡謂之略三人謂之羣取非其物謂之盜貨財之利謂之贓凡二十者律義之較名也夫律者當慎其變審其理若不承用詔書無故失之刑當從贖謀反之同伍實不知情當從刑此故失之變也卑與尊鬬皆爲賊鬬之加兵刃水火中不得爲戲戲之重也向人室廬道徑射不得爲過失之禁也都城人衆中走馬殺人當爲賊賊之似也過失似賊戲似鬬鬬而殺傷傍人又似誤盜傷縛守似强盜呵人取財似受賕因辭所連似告劾諸勿聽理似故縱持質似恐猲如此之比皆爲無常之格也五刑不簡正于五罰五罰不服正于五過意善功惡以金贖之故律制生罪不過十四等死刑不過三徒加不過六囚加不過五累作不過十一歲累笞不過千二百刑等不過一歲金等不過四兩月贖不計日日作不拘月歲數不疑閏不以加至死并死不復加不可累者故有并數不可并數乃累其加以加論者但得其加與加同者連得其本不在次者不以通論以人得罪與人同以法得罪與法同侵生害死不可齊其防親疏公私不可常其教禮樂崇於上故降其刑刑法閑於下故全其法是故尊卑叙仁義明九族親王道平也（中略）律之名例非正文而明也若八十非殺傷人他皆勿論即誣告謀反者反坐十歲不得告言人即奴婢捍主主得謁殺之賊燔人廬舍積聚賊贓五匹以上棄市即燔官府積聚盜亦當與同歐人教令者與同罪即令人歐其父母不可與行者同得重也若得遺物强取强乞之類無還贓法隨例畀之文法律中諸不敬違儀失式及犯罪爲公爲私贓入身不入身皆隨事取法以例求其名也夫理

者精玄之妙。不可以一方行也。律者幽理之奧。不可以一體守也。或計過以配罪。或化略不循常。或隨事以盡情。或趣舍以從時。或推重以立防。或引輕而就下。公私廢避之宜。除削重輕之變。皆所以臨時觀釁。使用法執詮者。幽於未制之中。采其根牙之微。致之於機格之上。稱輕重於豪銖。考輩類於參伍。然後乃可以理直刑正。(下略)」○案此爲當時注釋新律者之表文。而所言多屬於刑法學上之大原則。即現今學者所視爲重要問題而研究之者也。(此文所論屬於總則爲多。加圈者除一部分爲文中要旨外。其餘大率皆現今學者所研究之原則也。)其注釋之文。所含學理之富如此。則原文必有可觀者矣。晉律久亡。故節錄此以示其梗概。

(三)鄭重公布之形式　漢代。法律未嘗爲正式的公布。故人主一時之詔令。法官推意之判例。學者私議之學說。皆得冒法律之名。有同一之効力。魏晉律則視爲大舉。嚴重以公布之。有整齊畫一之概。不甯惟是。法律既有固定性。得爲具體的研究。於以助此學之進步。晉書刑法志載衛凱奏云。「刑法者。國家之所貴重。而私議之所輕賤。士政之弊。殆由於此。請置律博士。轉相教授。事遂施行。」然則當時以有新律之故。而法學漸至成爲一種科學之形矣。

此外如條文之增多。重複之芟除。篇第之釐正等。又一見而至易明者也。由此觀之。則

此次編纂法典實我國法制史上一大事。後此南北朝循之直至隋唐少所更革。然則魏晉律者實筦法經與唐律之中樞而爲其重要之媒介者也爾後一度易姓。必有新法典之發布。然大率沿襲魏晉。無大改作。今將其法典之名及其篇數與其制定發布之年月。列表如左。

魏	新律	十八篇	陳羣劉邵等撰	
晉	新律	二十篇	賈充鄭冲等撰	泰始四年正月成
	令	四十篇	同	同
後魏	新律	二十卷	崔浩等撰	太和五年成
齊	律	二十篇	王植等撰	永明七年成
梁	律	二十篇卅卷	蔡法度等撰	天監二年四月成
	令	三十篇卅卷	同	同
	科	二十篇卅卷		同
東魏	麟趾格			興和三年十月施行
西魏	大統式	五卷	蘇綽等撰	大統十年七月頒

北齊　律……十二篇十二卷……趙郡王叡等撰……河清三年成
　　　令……廿八篇五十卷……同……同
後周大律……廿五篇廿五卷……趙肅等撰……保定三年三月成
　　　令……同
陳　　律……二十卷……「范泉徐陵等撰」……永定元年十月成
　　　令……三十卷……同……同
　　　科……三十卷……同……同
隋　新律……十二卷……高熲等撰……開皇元年十月施行
　　新令……三十卷……同……開皇二年七月施行
　　大業律……十八卷……牛弘等撰……大業二年成
　　大業令……三十卷……同……同

今復將戰國至隋法律篇目次第列表如左。

法經	漢律	魏律	晉律	宋律	齊律	梁律	後魏律	北齊律	後周律	隋唐律
具法6	具律	刑名	刑名1 法律2	刑名 法例	刑名 法例	刑名1 法例2	刑名 法例	名例1	刑名1 法例2	名例律1

					盜法1 賊法2			雜法5	捕法4	囚法3	
		戶律	廄律	興律	盜律 賊律			雜律	捕律	囚律	
		戶律		擅興	盜律 賊律		詐僞	雜律	捕律	囚律	劫掠
宮衛15	違制19	戶律12	廄牧17	興律13	盜律3 賊律4		詐僞5	雜律11	捕律8	斷獄10	
宮衛	違制	戶律	廄牧	興律	盜律 賊律		詐僞	雜律	捕律	斷獄	
宮衛	違制	戶律	廄牧	興律	盜律 賊律		詐僞	雜律	捕律	斷獄	
宮衛15	違制20	戶律12	廄牧17 倉庫18	擅興13	盜律3 賊犯4		詐僞5	雜律11	討捕8	斷獄10	
宮衛	違制	戶律	牧產	擅興	盜劫 賊犯	鬬律	詐僞	雜律	捕亡	斷獄	
禁衛2	違制5	婚戶3	廄牧11	擅興4	盜賊8	鬬訟	詐僞6	雜律12	捕斷9		
宮衛9	違制15	戶律6 婚姻5	廄牧18	興繕	劫盜12 賊犯18	鬬競11	詐僞20	雜犯19	逃捕10	斷獄25	
衛禁律2	職制律3	戶婚律4	廄庫律5	擅興律6	賊盜律7	鬬訟律8	詐僞律9	雜犯10	捕亡律11	斷獄律12	

六篇											
九章											
十八篇	毀亡	告劾	係訊	請賕	驚事	償贓					
二十篇	毀亡14	告劾7	繫訊9	請賕9			水火16	諸侯20	關市18		
二十篇	毀亡	告劾	繫訊	請賕			水火	諸侯	關市		
二十篇	毀亡	告劾	繫訊	請賕			水火	諸侯	關市		
二十篇	毀亡14	告劾7	繫訊9	請賕9			水火16		關市17		
二十篇	毀亡	告劾	繫訊	請賕			水火		關市		
十二篇	毀亡10										
廿五篇	毀亡14	告劾22	繫訊24	請賕21			水火7	諸侯17	市廛 關津 1610	祠享3	朝會4
十二篇											

觀此表則魏代之成文法。上接秦漢。下開隋唐。而爲之樞紐。其間之統系甚明。

第六章　唐代之成文法

我國之成文法、在唐代而始極浩瀚、而其現存於今者、亦以唐之成文法爲最古。故研究唐代成文法之編制、實屬較易之業。而又最要之業也、唐之律名。凡有四種。一曰律。二曰令、三曰格、四曰式。此四者。皆實質的法律也。唐六典云。『凡律以正刑定罪、令以設範立制。格以禁違正邪、式以軌物程事。』卷六 舊唐書刑法志云。『令者尊卑貴賤之等數。國家之制度也。格者百官有司所常行之事也。式者其所守之常法也。凡邦國之政。必從事於此三者。其有所違及人之爲惡而入於罪戾者。一斷以律』由此觀之。則似令者爲一般之國法。格者爲行政法。及民法律者爲刑法。而式者則施行諸法之細則也。然考諸當時之載籍。其界限亦不甚分明。今舉其名而推定其性質。

律● 唐高祖初定天下。武德元年。詔以隋開皇律爲適用。隋有開皇律大業律。大業律後起煩苛。故以開皇爲正。而制定五十三條格以輔之。武德七年。以五十三條格入於律。餘悉爲開皇之舊 名爲新律。是即最初之唐律也。太宗貞觀十一年。房玄齡等復加修定。篇目卷數條文。悉依隋舊。律十二卷。五百條。 而內容大有殊異。舊唐書刑法志云。唐新律視隋律死刑始除其半 高宗永徽三年。復命長孫無

忌等刪定律令格式，律之卷數仍舊。其內容有變易否。不可考。同時復命無忌等撰律疏三十卷。四年十月。頒之天下。即今存之唐律疏義是也。武后垂拱元年。復有修改。而律惟改二十四條。其後終唐之世無所變。

令●

武德七年。頒武德令三十一卷。貞觀十一年。頒貞觀令二十七卷。一千五百四十六條。永徽二年。頒永徽令三十卷。開元四年。頒開元前令三十卷。開元二十五年。又頒開元令三十卷。此外尚有麟德令、儀鳳令、乾封令、垂拱令、神龍令、太極令。不知卷數。唐令沿革之見於史籍者如此。今諸書無一存。令之內容。不復可見。誠遺憾也。若欲求律與令之區別。則請列其篇數及篇目比較之如下。

律十二篇五百條

一名例　二衛禁　三職制　四戶婚　五廐庫　六擅興　七賊盜　八鬥訟　九詐僞　十雜律

十一捕亡　十二斷獄

令二十七篇一千五百四十六條

一官品　二三司三公臺省職員　三寺監職員　四衛府職員　五東宮王府職員　六州縣鎮戍嶽

瀆關津職員　七內外命婦職員　八祠令　九戶令　十選舉　十一考課　十二宮衛　十三軍防　十四衣服　十五儀制　十六鹵部　十七公式　十八田令　十九賦役　二十倉庫　二十一廐牧　二十二關市　二十三醫疾　二十四獄官　二十五營繕　二十六喪葬　二十七雜令

（案官品篇鹵部篇公式篇皆分爲上下卷故合三十卷）

此據唐六典卷三所載唐令之篇目也。六典之編纂。濫觴於開元十年。殺青於開元二十七年。此所舉者。爲開元四年之令。抑開元二十五年之令。不可深考。要之唐令之內容。大率類是。其他雖有異同。當不相遠。由此觀之則律令兩者對象之目的物固有相同者（如律有衛禁。令有宮衛。律有戶婚。令有戶令。律有廐庫。令有倉庫廐牧等。）而令之範圍甚廣律之範圍較狹也令則普涉於一般國法律則專限於刑法也然則律與令二者非性質上之差別（兩者皆有固定的性質。與格式異。）而資料上之差別也非如日本命令與法律之差別實如日本刑法與其他法律之差別也

格●

唐時之格。其與律令之界限。最難分明。武德元年。制五十三條格。七年。則以入於律。是格變爲律也而貞觀十一年所頒。則於律令之外。復有格七百條。永徽三

年所頒。於律令之外。復有格十五卷。是格離律而獨立也。自茲以往。武后朝則有垂拱格。（神龍元年刪定）中宗睿宗朝則有太極格。（太極元年奏上）玄宗朝則有開元格。（開元三年刪定）開元後格、（開元七年刪定）開元新格。（開元二十五年編纂）其後屢有修改。皆名爲格。不名爲律。蓋自開元以後無復有新律矣是格與律有同一之效用也考唐時所謂格者。有廣義。有狹義。廣義之格律令格式之總名也（宋王溥著唐令要卷三十九云。貞觀十一年正月。頒新格於天下。凡律五百條。令一千五百九十條。格七百條。以爲通式。是律令式皆可通稱爲格也。）其狹義之格。復分兩種。

(一)留司格　屬於曹司常務者。留存本司。

(二)散頒格　屬於天下所共者。頒行州縣。

此永徽間之令類也。其後遂以爲常。然則留司格者殆近於行政法而散頒格者殆近於普通之法律也惟格與律之異則律爲特定之條文格則集制敕以爲之故唐之格可當漢魏晉之令（亦可當日本之令）其視律之性質微有差別也但其所涉之範圍則視律令（唐之所謂律令）皆廣凡律與令兩方面其條文有不具者皆以格規定之是格實律令兩者之補助品也唐律云。「諸制敕斷罪臨時處分不爲永格者。不得

引爲後比」。唐律疏義卷三十然則凡制敕之被承認爲格者皆變成實質的法律與律令正文有同一之効力明矣自中宗神龍元年。有「格後勅」之編定。其後有貞元定格後勅。貞元元年編開元格後勅。元和二年編元和格後勅。元和十三年編大中格後勅大中五年編等。是又格之草案而認爲與格有同一之効力者也

式●

武德七年所頒。有式十四卷。貞觀十一年所頒。有式四十卷。永徽二年所頒。有式十四卷。垂拱元年所頒。有垂拱式二十卷。開元三年二十五年所頒。各有式二十卷。元和十三年所頒有元和式三十卷。是唐代所頒式之大略也。格與式之差別。今不可深考。惟據舊唐書刑法志所稱。格以尚書省二十四司唐官制尚書省所屬凡二十四司爲篇目。式以尚書省列曹及祕書太常司農光祿太僕少府及監門宿衛計帳爲篇目。至其淵源及性質有何差異。尚俟攷定。宋史刑法志引神宗詔書云『設於此以待彼之謂格使彼效之之謂式。』不知唐時格式之區分實如此否。但即神宗此文。試讀之仍苦不明瞭也。

通有唐一代。其編纂法典事業。凡有七役。(一)武德間。(二)貞觀間。(三)永徽間。(四)垂拱間。(五)開元間。(六)元和間。(七)大中間。就中。永徽。開元。兩役。尤爲重要。蓋刑法之大備自永徽時

代而行政法之大備自開元時代也。

日本博士織田萬氏。謂我國行政法法典。發達最早。而推本於周禮。此其言吾雖未能純表同情。然近世學者解釋行政法之定義。謂行政法者總括關於政權作用之法規的全體也。此定義若當。則今傳之唐六典。足以當之矣。我國自漢以來。諸種法典中。雖偏重刑法。而關於行政作用之規定者。固已不少。特東鱗西爪。未泐成書。其漢官儀應劭撰魏官儀荀攸撰齊職儀范曄撰等書。俱見舊唐書經籍志又屬私家著述。未爲成憲。逮唐玄宗開元十年。始命修六典。帝手寫白麻子六條。曰理曰教曰禮曰政曰刑曰事。凡亙十六年。經十數人之手。乃始完成陳振孫直齋書錄解題引韋述集賢記注云。『開元十年。起居舍人陸堅被旨修是書。帝手寫白麻子六條。曰理教禮政刑事。令以類相從。撰錄以進。張說以其事委徐堅。思之經歲莫能定。又委毋丘奭徐欽韋述。始以令格入六司。其沿革並入注中。後張九齡又委苑咸。二十六年奏草上。』唐會要載開元二十三年張九齡等撰是書。而今本卷首著李林甫奉勅註者。四庫提要謂開元二十四年。張九齡罷知政事。及二十七年。林甫乃註成獨上之也。其體裁分三師、三公、尚書省、及六部、門下、中書、秘書、殿中、內官、內侍各省、御史臺、九寺、三監、十六衛、二軍、及太子親王三府、都護、州縣、官吏。各規定其職掌與其職員。而以理典教典禮典政典刑典事典六部縮之。凡三十卷。實空前之一宏著也。蓋至是而刑法以外。始別有獨立之成典。後此明會典大清會典。皆因

襲以成雖謂唐六典一書爲我國法制史上開一新紀元可也。

四庫提要唐律疏義條下云『論者謂唐律一準乎禮以爲出入得古今之平。故宋世多採用之元時斷獄亦每引爲據。明洪武初命儒臣同刑官進講唐律。後命劉惟謙等詳定明律其篇目一準於唐』又云。『蓋斟酌畫一。權衡允當迨今日而集其大成。』案此指大清律例也。原文以大清律例與唐律相比較。以文繁故闕不錄。而上稽歷代之制。其節目備具足以沿波而討源者。要惟唐律爲最善』據此。則唐律之內容及其影響於後世者可以概見夫以唐之行政法(即六典)其影響之大而久也既若彼唐之刑法(即唐律)其影響之大而久也復若此然則永徽開元間爲我國法制史上一最重要之時代不其益信乎

唐律影響之大不惟在本國而已。蓋唐代文化隨其武功以遠被於亞洲諸國而法律即所播之文化之一種也故高麗日本安南諸國皆以彼時代繼受我之法系(日本博士奧田義人法學通論云『我國昔汲文化之源於支那。故代表文化之法律。亦皆繼受支那法系。當天智天皇之朝。始據唐律爲母法而編纂律令。其後大武文武等諸朝。數經改正。元正天皇之朝編律令各十卷。名爲養老律令。實我國古代成文法之沿革云云』案彼天智天武。當我唐高宗時。彼文武當我唐中宗時。彼元正當我唐玄宗時也。)

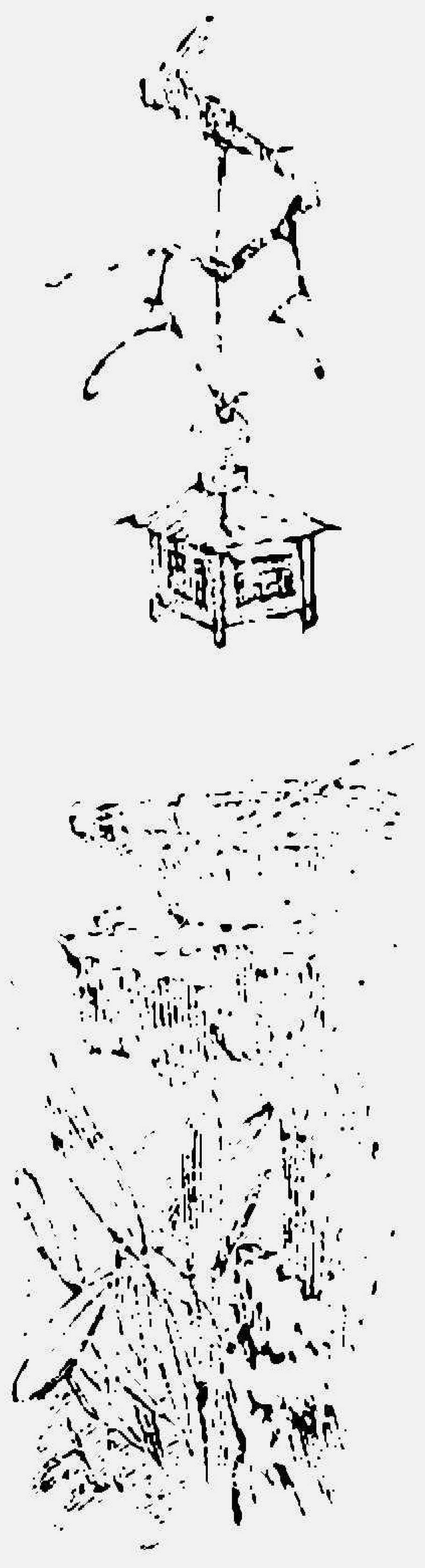
計自梁武帝中大通六年(西歷五百三十四年)羅

馬法律全典成立。隋開皇以迄唐永徽（西歷五百八十年至六百五十年）而我國法典大成。世界兩大法系。同以此百年間臻於全盛。不亦異耶。

唐書經籍志載有僧格一卷。實一種之特別法。雖未能視之與羅馬寺院法同科。然亦可見當時法律之繁密進步矣。

開元二十五年。又頒格式律令事類四十卷。以類相從。便于省覽、大中七年。復命張戣等編刑法統類六十卷。集律令格式條件相類者。一千二百五十條。分爲一百二十一門頒之。此又一種類聚體之編纂法爲後世所承學者也。

（未完）



●前號論文正誤表

（葉）	（行）	（誤）	（正）
一	二	言●	見。
九	一	即以由	即以自。由
四六	六	哈●氏	波。氏
、、	、、	無●	未。
四八	十一	所要者	所要求。者
、、	十三	讀●	瀆。
五一	七	一立憲	一切。立憲
六一	七	嫌欸●	嫌疑

論著

論中國成文法編制之沿革得失（續第八十號）

飲冰

第七章　宋代之成文法

宋代法典之多。實前古所未聞。每易一帝。必編一次。甚者每改一元。必編一次。蓋終宋之世。殆靡歲不從事於編纂法典之業。其法典內容。非必悉相異。殆因沿前法。略加修正而已。然莫不裒然成一巨帙。少者亦數十卷。多者乃至數百卷。亦可謂極千古之壯觀矣。今據羣書列為一表。而略下推論。

（法典名）	（卷數）	（條數）	（編纂者）	（編成年月）
●建隆刑統（或稱開寶刑統）	三〇		竇儀蘇曉等	太祖建隆四年
●建隆編勅	四	一〇六	同	同
●開寶長定格			盧多孫	太祖開寶間
●太平興國編勅	一五			太宗太平興國三年

淳化編勅	三〇		宋白等	太宗淳化二年三月
重刪淳化編勅	二五		蘇易等	淳化五年八月
●咸平新定編勅	一二	二八六	柴成務等	眞宗咸平元年
●景德三司編勅	三〇		林特等	眞宗景德二年九月
景德三司新編勅	一五		同	同
●景德農田編勅	五		丁謂等	景德三年正月
●大中祥符編勅	三〇	一三七四	陳彭年等	眞宗大中祥符九年
●諸路轉運司編勅	三〇		同	同
一州一縣新編勅	五〇		李迪等	眞宗天禧四年二月
一司一路編勅	三〇		同	同年十一月
天聖刪定咸平編勅			夏竦蔡齊等	仁宗天聖七年
天聖附令勅	一	五〇〇	同	同
●天聖令	三〇		呂夷簡等	天聖七年
●天聖編勅	三〇		宋庠等	天聖十年
諸路宣勅（天聖中刊正祥符勅）	一二			天聖中

●舉明自首勅				同
●景祐一司一務編勅	四四		呂得象	仁宗景祐二年六月
景祐刑名勅	五		同	同年六月
●慶歷編勅	一二			仁宗慶歷七年正月
慶歷一司勅		二三一七		慶歷中
慶歷一路勅		一八二七		同
慶歷一州一縣勅		一四五一		同
●嘉祐祿令	一〇		韓琦等	仁宗嘉祐二年十月
●嘉祐驛令	三		同	嘉祐四年正月
嘉祐編勅	三〇	一八三四	同	同七年四月
嘉祐審官院編勅	一五		王珪等	同
在京諸司務庫條式	一三〇		同	英宗治平二年六月
●熙甯編勅	二六		王安石等	神宗熙甯六年八月
編修三司勅式	四〇〇		同	同七年三月
諸司勅式	四〇		同	同九年九月

論著

諸司勅令格式	一二	同	同十年二月
熙甯詳定刑部勅	一	范鏜	同十年十二月
詳定軍馬司勅	五	吳充等	同九年十二月
禮房條例	一三	李承之等	同八年二月
新修審官西院條貫	一〇	沈立	熙甯中
新編大宗正司勅	八		同
新定諸軍直祿令	二		同
將作監式	五	曾肇	同
八路敕	一	蒲宗孟	同
熙甯新定孝贈式	一五	章惇等	同
熙甯新定節式	二	同	同
熙甯新定時服式	六	同	同
熙甯新定皇親祿令	一〇	同	同
司農寺敕	一	同	同
熙甯將官敕	一	同	同

●熙甯常平敕	三〇		同
熙甯詳定軍馬敕	五	吳充等	同
熙甯詳定諸色人廚料式	一	沈括等	同
熙甯新修凡女道士給賜式	一	同	同
熙甯葬式	五五	張敘等	同
熙甯五路義勇保甲勅(又總例)	六	張誠一等	同
學士院等處勅式	一二	同	同
御書院敕令式	二	同	同
●熙甯貢舉勅	二		同
熙甯開封府界保甲敕	二	許將等	同
●熙甯八路差官敕	一		同
元豐諸司勅式		安燾等	神宗元豐二年六月
●司農勅令式	一五	司農寺	同二年九月
●元豐勅令式	七一	崔令符等	同七年
元豐修正勅令格式	二〇〇六	修勅局	元豐中

論著

●元豐廣案……二〇〇……同
元豐勑定在京人從敕式三等……沈希顏……同
元豐新修國子監大學小學元新格及令……二三……李定等……同
●元豐江湖鹽令勑……六……同
武學勑令格式……一……同
明堂赦條……一……同
新修尚書吏部式……三……曾伉……同
元豐將官勑……一二……蔡碩……同
貢舉醫局龍圖天章寶文閣等勑令儀式……四一〇……同……同
宗室及外臣葬勑令式……九二……同
皇親祿令及釐條勑式……三四〇……同
提舉市易司勑令并釐正看詳……二一……吳雍都……同
部條……一九……同
●元祐勑令格式……五六……蘇頌等……哲宗元祐二年十二月
六曹條貫及看詳……三六九四册……元祐中

元祐諸司市務勅令格式……二〇六冊……同

●元祐貢舉勅……三……同

六曹敕令格式……一〇〇〇……同

樞密院條及看詳……五〇……同

●元符勅令格式……一三二……哲宗元符中

紹聖續修武學勅令格式看詳并淨條……一八冊……徽宗建中靖國元年

紹聖續修律學勅令格式看詳并淨條……一二冊……同

諸路州縣敕令格式并一時指揮……一三冊……徽宗崇甯中

諸路將官通用敕……二〇……同

六曹格子……一〇冊……同

●崇甯通用貢舉法……一二……同

中書省官制事目格……一二〇……同

尚書省官制事目格并參照……六七冊……同

門下省官制事目格并參照……七二冊……同

國子大學辟雍并小學勅令格式……一六八冊……同

論著　八

●崇甯申明勅令格式	二		同
●大觀州縣學法	一〇		徽宗大觀中
●大觀新修學制	三		同
●大觀學制勅令格式	三五		同
政和新修學法	一三〇	鄭居中	徽宗政和中
宗子大小學勅令格式	一五冊	李圖南	同
●政和重修勅令格式	五四八冊	何執中	同
政和祿令格	三二一冊		同
達綱運法并看詳	一三一冊	張動直	同
政和勅令式	九〇三	王韶	同
政和新修御試貢士勅令格式	一五九	白時中	同
政和重修國子監律學勅令格式	一〇〇	孟昌齡	同
明堂勅令格式	一二〇六冊		徽宗宣和初
●紹興重修勅令格式	一二五	張守等	高宗紹興元年八月
紹興重修在京勅令格式	四二七	宰成等	同十年十月

六曹寺監通用勅令格式申明看詳……四六三……同……同十三年四月

國子監勅令格式……一四……同……同年十月

大學勅令格式……一四……同……同

武學勅令格式……二〇……同……同

律學勅令格式……一〇……同……同

小學令格……二……同……同

●重修貢舉勅令格式……四五……萬俟卨……同廿六年十二月

紹興重修吏部勅令格式……一〇二……朱勝非等……紹興中

紹興重修常平免役勅令格式……五四……秦檜等……同

紹興參附尚書吏部勅令格式……七〇……陳康伯等……同

乾道重修勅令格式……一二二……虞允文等……孝宗乾道四年十二月

紹興中興刑統……孝宗淳熙十一年

淳熙條法樞要……潘[illegible]等……同三年十月

淳熙條法事類……四二〇……同七年五月

淳熙重修勅令格式及隨勅申明二四八……同三年三月

淳熙吏部條法總類……四〇……同
●慶元重修勅令格式及隨勅申明……二五六……京鏜等……甯宗慶元二年二月
役法撮要……一八九……慶元六年
慶元條法事類……四三七……同……甯宗嘉泰二年八月
開禧重修吏部七司勅令格式申明……三二三……甯宗開禧元年
嘉定編修百司吏職補授法……一三三……甯宗嘉定六年三月
●嘉定編修吏部條法總類……五〇……同
淳祐條法事類……四三〇……理宗淳祐十一年四月

(說明)右表所據。(一)宋史刑法志。(二)宋史藝文志史部刑法類。(三)文獻通考經籍考史部刑法類。(四)明焦竑國史經籍志。其加●識於首者。焦書所著錄。至明末猶存者也。

由此觀之。則宋代成文法之汗牛充棟。實有足驚者。宋末之亂。蕩去者當不少。而元初修宋史。其粲然具備也尚若此。直至焦弱侯時。其所及見者猶不下四十種。乃逮本朝修明史藝文志修四庫書目。則已竟無一卷之著錄。豈明末之亂、盡成灰燼邪。抑尚有之、而屛勿錄邪。嗚呼。使以上諸書有一二種流存於人間。則其裨補於律學之研究者。

固不淺尠耳。

宋代成文法雖多。然大率編輯詔勅以成。其眞可稱爲立法事業者。惟神宗時代耳。宋史刑法志云。「神宗以律不足以周事情。凡律所不載者。一斷以敕。乃更其目曰敕令格式。而律恆存乎敕之外。熙甯初置局修敕。詔中外言法不便者。集議更定擇其可采者賞之。元豐中始成書二千有六卷。復下二府參訂。然後頒行。帝留意法令。每有司進擬。多所是正。嘗謂法出於道。人能體道。則立法足以盡事。又曰。禁於未然之謂敕。禁於已然之謂令。設於此以待彼之謂格。使彼效此之謂式。修書者要當識此。於是凡入笞杖徒流死、自名刑以下至斷獄、十有二門、麗刑名輕重者、皆爲敕。自品官以下至斷獄三十五門、約束禁止者、皆爲令。命官之等十有七、吏庶人之賞等七十有七、又有倍全分釐之級、凡五等、有等級高下者、皆爲格。表奏章籍關牒符檄之類、凡五卷、有體制模楷者、皆爲式。由此觀之。則宋代法典之性質略可推見焉。其敕即前代之律。專屬於刑法者也。其令與格則一般之法律不屬於刑法者也。其式則判決例等附焉。而神宗時所編纂者。起熙甯初。迄元豐中。前後凡亘十有餘年。（熙甯凡十年 元豐凡八年）而其書裒然爲二千餘

卷。實可稱上淩千代橫絕五洲最龎大之法典也。天喪斯文。無一字傳於今日。惜哉。案此法典編纂之沿革及其卷數。惟見於刑法志。而宋史藝文志及文獻通考皆不著錄。可謂咄咄怪事。謂未成之業耶。而刑法志固明言頒行矣。豈此書爲總名。而前表所列熙甯元豐間各種勅令格式凡四十餘種者。即其一部分耶。

宋代法典。既無一傳於今者。故其內容不可考見。惟據存目以推度之。其特色有三。

(一)前代偏重一般法。宋則多有局部法　如一州一縣一司一路法等是也。

(二)前代偏重普通法。宋則多有特別法　如關於皇族。關於將官。關於在京人。多爲特別之規定是也。

(三)前代偏重刑法。宋則多有刑法以外之法　前表所列。多屬於行政法之範圍。熙甯元豐間尤多。

終宋之世。殆無歲不從事於編纂法典之業。此又其與前代異者也。就此事論之。則亦得失參半。其所得者。則能使法律常與社會現象相應。不至成爲紙上殭石。其所失者。則根本法屢動搖。民無所適從。而吏且得因緣爲姦也。

第八章　明清之成文法

本章資料取材於日本博士織田萬著清國行政法者十而三四。不敢掠美。謹注明。

今世現行之成文法。其大體殆全襲前明。故明清兩代。當合論之。

(一)刑法　明太祖平武昌。即議律令。吳元年。命左丞相李善長為律令總裁官。楊憲劉基陶安等二十人為議律官。遂撰令一百四十五條律二百八十五條。又命大理卿周楨等取所定律令類聚成編。訓釋其義。名曰律令直解。及洪武六年。詔刑部尚書劉惟謙定大明律篇目。一依唐律而增為六百有六條。二十二年。復取比年所增。以類附入。成四十卷。即今所傳之大明律是也。其篇目如左。

名例律一卷　四十七條

吏律二卷　職制十五條　公式十八條

戶律七卷　戶役十五條　田宅十一條　婚姻十八條　倉庫廿四條　課程十九條　錢債三條　市廛五條

禮律二卷　祭祀六條　儀制二十條

兵律五卷　宮衛十九條　軍政二十條　關津七條　廄牧十一條　郵驛十八條

刑律十一卷　盜賊廿八條　人命二十條　鬥毆廿二條　罵詈八條　訴訟十二條　受贓十一條　詐偽十二條　犯姦十條　雜犯十一條　捕亡八條　斷獄二十九條

工律二卷　營造九條　河防四條

其名例律所規定者與近世諸國之刑法總則相當如刑之適用刑之加減與夫恩典赦免數罪俱發等具焉其吏律所規定則官吏懲戒法也其戶律所規定則淆亂戶籍罪怠納租稅罪違反度量衡罪等具焉其禮律所規定則上自皇室下至百官之婚嫁喪葬等規則具焉其兵律所規定則如各國之海陸軍刑法也其刑律所規定則強盜竊盜殺人傷人毆打罵詈詐僞猥褻逃亡放火失火等諸科罪法具焉即各國刑法之大部分也其工律所規定則決水及破毀營造物諸罪具焉各國所謂普通刑法特別刑法採雜而成此其內容之大概也

清代凡百皆因明舊。順治三年。命吳達海等譯明律。參以滿制。爲大清律十卷。頒之。雍正三年。復頒大清律集解三十卷。乾隆五年。大清律例成。以例爲一種法典之名自茲始。律與例性質之差別如下。

（光緒四年應寶時撰增修律例統纂集成序）漢自蕭相國採撫秦法。作律九章。此律之名所由始。而後人申言之曰例者。則王制之所謂比也。比則察其小大。而獄之輕重判焉。

（道光二年吳廷琛撰新增律例統纂集成序）其曰例者。王制之所謂比是也。古者獄辭之成。必察小大之比。

律尙簡而例獨尙繁。非簡不足以統宗。非繁不足以徵引。

(同治六年王凱泰撰重修律例統纂集序)是故斷法有律而準情有例。律守一定而例則因時爲變通。

(道光六年祁塤撰新修律例統纂集成序)律一成而不易。例則逐年增刪。五年一小修。又五年一大修。通行天下。俾知遵守。故律文自雍正年刪改增併。合爲四百三十六門。至今仍循其舊。條例世輕世重。因時地而酌量變通。增纂刪改。款目繁多。

(道光九年常德撰增修律例統纂集成序)律猶日星。懸諸天壤而不可易。例則如躔度次舍之運行。或日易焉。或歲易焉。故天道五歲而一祧。星家於是有置閏之法。律例亦五歲而一輯。法家於是有增修之文。

由是觀之。律者永久不變之根本法也。例者隨時變通之細目法也。其在明代。永樂間嘗詔法司問囚。一依大明律擬議。毋妄引榜文條例爲深文。成化元年。又令讞囚者一依正律。盡革所有條例。十三年。刑官復上言。洪武末定大明律後。列聖因時推廣之而有例。例以輔律。非以破律也。(俱見明史刑法志) 然則律與例之關係。殆如今世各國法律與命令之關係。不得以例破律。猶不得以命令變更法律也。雖然。律者一成而萬古不易者也其與時勢之推移。不能相應。此無如何者也。而條例則世輕世重。準社會現象。以爲衡

故條例所定自難保無與律相矛盾以近世法理論之司法官祇能用法不能制法。故判決例萬不能認爲法律（若判決例經國家採用承認。編入成文法中者。則已爲律而非復爲例矣。）雖然。在古代立法機關未備裁判官於裁判之際得以己意所推條理變更補正成法者往往而有我國之條例實屬於此種英人米因氏所謂「判事制定法」也故明史刑法志又云。『自成化以後。律例並行。而弘治萬曆間。屢次欽定條例。』蓋與律有同一之効力矣及乾隆定大清律例始以例與律並列而嘉慶續修會典卷四十一云。『有例則置其律例有新者則置其故者』又云『斷獄者當以改定之例爲準不必拘泥律文』又刑案匯覽卷十四云『查律乃一成不易。例則隨時變通。故有律本輕而例加重者亦有律本重而例改輕者』然則非徒可以例破律而律與例有相矛盾者且適用例而不適用律矣故我國現行律例之性質蓋如各國舊法律與新法律之關係（舊法律與新法律牴觸者。則以新法廢舊法）非如各國法律與命令之關係也（不得以命令變更法律）

故就律之一方面論之今律可云即唐律之舊亦即魏晉律之舊亦即蕭何李悝律之舊試列其篇目之分類比較之

法經	蕭何律	晉律	唐律	明清律
具法	具律	刑名 法例	名例	名例
		宮衛	衛禁	宮衛
		違制	違制	職制
	戶律	戶律	戶婚	戶役 婚姻
	廄律	廄牧	廄庫	廄牧 倉庫
	興律	興律	擅興	軍政
盜法 賊法	盜律 賊律	盜律 賊律	賊盜	賊盜
			鬥訟	鬥毆 訴訟
		詐偽	詐偽	詐偽
雜法	雜律	雜律	雜律	雜犯

四庫書目提要史部政書類唐律疏義條下云。「凡唐律篇目。今所沿用者。有名例職制賊盜詐偽雜犯捕亡斷獄諸門。其唐律合而今分者。如戶婚為戶役婚姻。廄庫為倉庫廄牧。鬥訟為鬥毆訴訟諸門。其名稍異而實同者。如衛禁為宮衛。擅興為軍政諸門。其分析類附者。如關津留難諸條。唐律入衛禁。今析入關津。乘輿服御物事應奏不奏驛使稽程以財行求諸條。唐律俱入職制。今分析入禮律之儀制。吏律之公式。兵律之郵驛。刑律之受贓。謀殺人諸條。唐律入賊盜。今析入人命。毆罵祖父母父母諸條。唐律並入鬥訟。今析為兩條。分入鬥毆罵詈。又姦罪市司平物價盜決隄防毀大祀丘壇盜食田園瓜果諸條。唐律俱入雜律。今分析入刑律之犯姦。戶律之市廛田宅。工律之河防。禮律之祭祀。」此以唐律與今律比較。

論著

捕法	囚法					
捕律	囚律					
捕律	囚律	毀亡 告劾 繫訊	請賕	水火 諸侯	關市	
捕亡	斷獄					
捕亡	斷獄		受賕		市廛 關津	祭祀 儀制 公式 田宅 錢債 課程 郵驛 人命

言其淵源所自出。最爲分明。蓋今律十之七八。本諸唐律矣。

罵詈	
犯姦	
營造	
河防	

此以言夫律也。若夫例。則自乾隆間定章。五年一纂修。雖未嘗爲嚴格的實行。而自嘉慶以來。續纂修改。既已不少。今列其目。

嘉慶六年	纂修
十一年	纂修
十九年	修改
廿五年	修纂
道光元年	修改續纂纂修
五年	續纂
六年	修改
十年	修改續纂
十年	修改纂修

歷次纂修條例告竣。請進呈表文皆云。「臣等悉心參考。分爲修改、修併、移改、續纂、刪除、各名目。開列本例之首。粘貼黃簽。並於本條之下。逐條加具按語。分晰陳明。有原例者先列原例於前。次列現修新例於後云云。」是其纂修之體裁。大略分爲五種。一、修改。將原例、條文略加正者也。二、修併。將原例二條以上。合爲一條者也。三、移改。將原例條文移易其類屬位置者也。四、續纂。原例所無而新增入者也。五、刪除。原例所有而削去者也。

十九年　修改
二十年　修改續纂
廿一年　續纂
廿五年　續纂
廿六年　修改
咸豐二年　修改續纂纂修
同治十二年　修改續纂

又律例增修統纂集成凡例云。『凡各省條奏及咨請部示準駁併刑部隨案修改例文。隨纂爲例』是條例之淵源。全出於判決時所推條理也。

夫例既能與社會新現象相應而其性質復與律有同一之效力凡律例牴觸而所適用者在例不在律則律雖有根本法之虛名而其中一大部分已成殭石今日法廷最優之勢力實判決例之勢力也即米因氏所謂判事制定法也我國所以當二千年後之今日而猶得行用李悝之法者以此。我國法律之性質所以不明瞭而其効力所以不強固者亦以此

（二）行政法

自唐六典既頒以後歷代相沿如元典章明會典乃至現行之大清會典咸汲其流於

是我國有二大法典所謂律者即刑法也所謂會典者即行政法也而明清兩代之會典實並律之所規定者而悉收容於其間故會典之與律例實爲全部法與一部法之關係故研究會典之性質實重要中之重要也

明孝宗弘治十五年。修大明會典成。武宗正德五年。修正刊布。其書取則於唐六典。以官職爲綱。以各部所屬法規彙載於下。凡百八十卷。今述其編目。

卷一……文職衙門　宗人府
卷二至卷十五……吏部
卷十六至卷四十一……戶部
卷四十二至卷百〇九……禮部
卷百〇六至卷百二十五……兵部
卷百二十六至卷百四十六……刑部
卷百四十七至卷百六十三……工部
卷百六十四至卷百六十六……都察院
卷百六十七至卷百八十……通政司等

六部所占。凡百六十餘卷。一切法規。悉網羅於此間。其餘諸卷、不過列官名與職掌。如漢官儀歷代職官志等而已。今以六典所屬之法規與日本法規名目相比較。則吏部條下。凡官吏任用令、俸給令、懲戒令、官吏服務規則等、在焉。戶部條下。凡戶籍法、地租條例、各種稅法等在焉。兵部條下。凡關於軍事及交通之法規等在焉。工部條下。凡河川法及工事營造規則在焉。刑部條下。則大明律全文悉載之。實明代最詳博完備之成典也。

清代自康熙二十三年。始仿明故事。從事於會典之編纂。二十九年頒布之。其後雍正十年。續修。乾隆二十九年。第三次續修。嘉慶十八年。第四次續修。（皆舉頒布之年）即現行之大清會典是也。康熙本爲百六十卷。（雍正本同）乾隆本刪爲百卷。今本復刪爲八十卷。蓋康雍間事屬草創。且纂修官分任各門。殊缺統一。故不免枝蔓複沓。迨乾隆而體例始完。及嘉慶中葉。距成書時殆六十年。其重要之事例。新發生者不少。故有續纂之舉。最後則同治十二年。發議爲第五次續修。開館二十餘年。草案將成。經團匪之亂。悉罹兵燹。是以至今不就。此大清會典編纂沿革之大概也。

乾隆欽定大清會典凡例曰。『以典章會要爲義所載必經久常行之制茲編於國家大經大法。官司所守。朝野所遵。皆總括綱要。勒爲完書。』其於會典二字之定義及會典全書之性質言之無餘蘊矣蓋大清會典中舉凡大清律例及其他成文不文法罔不包舉而所尤注重者則行政機關之組織權限及事務之準則嚴密規定日本織田萬氏謂現今各國除葡萄牙外無一國焉有專編之行政法典。其最浩博之行政法惟我現行之大清會典非虛言也。織田氏謂歐洲諸國所以無行政法典者。一因其行政法之性質。不便於編爲法典。二因研究未充實。不能立一定不變之準則。而我國則立於此通例以外。故行政法典早發達云。

會典既爲經久常行之大法是則所謂根本法也根本法固不可屢動搖故乾隆本凡例又云。『嗣後如有因時損益之處。其畸零節目。止於則例內增改。即有關大體者。亦止刊補一二條。無煩全書更動。庶一勞永逸。以便遵循。』是其尊重根本法之精神畧可推見然社會現象推移終非可以一成不變之法而適用於永久也於是乎於會典之外復有則例會典其大綱法而則例其細目法也行政法之以例輔典猶刑法之以例輔律也我國古代編纂成文法之事業雖極盛大然大率摭拾先例以成其發達約

如近世之國際法（國際法純以先例爲主）其嚴定法與例之區別者實自清代始乾隆御製會典序云。『嚮者發凡排纂。率用原議舊儀。連篇並載。是典與例無辨也。夫例可通典不可變今將緣典而傳例，後或撫例以淆典其可乎於是區會典則例。各爲之部而輔以行』又凡例云。『以典爲綱以則爲目庶詳略有體。』觀於此則會典與則例之性質較然甚明織田博士曰。『二者之差異及關係恰如近世立憲國家憲法之與法律』雖比擬不倫而不得謂無相類之點也其關係既已若是以法理論之則例宜不得與典矛盾苟有矛盾則其例當不適用雖然。事實上乃正與之相反典例異趨數見不鮮而當其例未經採以入典變更典文之時則例行而典之効力且中止焉此實我國特別之理論而非可以普通法理繩之者也

如是則則例之性質及其編纂法。不可不更置一言。則例者施行大清會典時所起之實例也凡行政官當執行政務時每生疑義則或陳其委曲或自擬辦法經長官以請於中央政府由所屬之部審議奏聞得旨施行乃著爲例其性質與各國之法律經君主裁可公布者無以異且其例非徒約束行政官吏而已即對於一般人民亦生効力

此實一種之成文法而非可以尋常之慣習先例目之者也。則例之對於典。與條例之對於律。其關係全相同。雖然。有一異焉。條例與律合為一法典。稱之曰律例。非有二書也。則例之與會典。其在乾隆前。每將例之重大者編入典中。體裁雖一如律例。及嘉慶續修時。其編纂法大加改良。於大清會典八十卷外。別有所謂大清會典事例者九百二十卷。同時發布。而會典事例。名實皆為例而不為典。純然為獨立之一種成文法。此其與刑法上律例之異點也。

則例之編纂。各部皆有定期。欽定吏部則例奏疏云。『各部則例。每十年奏請纂修。』欽定戶部則例云。『嗣是五年一修。如刑部律例館之例。』是其編纂有定期。而各部非必盡一。雖然。中經多故。斯舉亦非實行。同治十二年纂修吏部則例奏疏云。『查臣部自道光十九年。奏明續修則例。至二十三年修竣。以後迄今三十年之久。』然則其不遵依定期甚明。而近數十年來。此業益付諸等閑。蹉跎不舉。又衆所共見矣。

則例之種類。可大別之為一般則例特別則例之二種。今略舉其目。

(六)

(甲)一般則例

- 大清會典則例
- 大清會典事例
- 吏部則例
- 戶部則例
- 禮部則例
- 工部則例

(乙)特別則例

- 賦役全書
- 督捕則例
- 中樞政考
- 八旗則例
- 學政全書
- 物料價值則例
- 六部處分則例
- 戶部漕運全書
- 大清通禮

刑部無專屬本部之則例。蓋刑部所宜規定者。不外刑律之適用。而凡此皆入條例之部分。不入則例之部分也。兵部亦無專屬本部之則例。其理由未詳。

通禮及賦役全書學政全書漕運全書等。雖無則例之名。實亦一種之則例也。六部處分則例。與日本之官吏懲戒令相當。故屬於特別則例。非屬於一般則例也。

第九章　成文法之淵源

我國歷代相傳及現行之成文法。裒然巨帙。充棟汗牛。求其所自出之淵源。蛛絲馬跡。粲然可見。今條舉之。

一曰慣習　各國法律之大部分無不從承認慣習而來故在英國有 Common Law 之名。即慣習法。而英人所最尊者也。此其義舉凡法學家言之已詳。今不復述。而我國古今之立法家亦不能外此公例者也。且我國儒家言素崇信自然法而謂自然法出於天天之代表爲人民總意於是以人民總意爲立法之標準故曰因其風不易其俗齊其政不易其宜後世立法家本此精神以因應一切故我國之重視慣習視他國爲尤甚其承認慣習以爲法律者必甚多自無待言

二曰君主之詔勅　我國數千年爲君主專制國其法律惟采單純的之命令主義舉凡君主下一詔勅其効力直普及於國內書之典謨訓誥誓命皆當時及後世所尊爲大經大法也而除謨以外官屬於君主詔勅自漢以後則『前主所是著爲律後主所是疏爲令』（史記酷吏傳引杜周語）盒成爲一般國民之理想故一切法文其採集詔勅而

成者十而八九至宋代則竟以勅代律並其名而易之矣（唐代有律令格式四種。宋代改為勅令格式。律之語源。有平均中正為事物標準之意。勅之語源。則詔誡而已說文文部勅下云。誡也。言部誡下云。勅也。）故宋之法典什九以編敕為名詔勅與法律幾同體而不可分矣

夫謂詔勅與法律同物此近世法理所決不許也雖然無論何國之法律必待主權者之裁可公布而始生効力然則法律與主權者本有不可離之關係甚明而况乎在君主專制國以「朕即國家」之主義為原則法律既為國家意志之作用則君主意志即為法律又論理上之一貫者也微論吾國即世界所共尊之羅馬法律全典(Corpus Juris Civilis) 合三種而成其第一種曰「哥狄士」(Codex) 即編纂巴特連奴帝(Valentinians) 以後諸帝之命令其後續頒新典名曰「那威爾」(Novelle) 則亦編纂周士的尼安奴帝 (Justinianus) 三十年間所發之命令也此亦與宋代之編勅無異矣

然詔勅非一切與法律有同一之効力其詔勅不含有立法之性質者無論矣即含有立法之性質者亦必經君主再度承認或後之君主承認以法律之形式公布之然後永久之効力乃始發生宋史刑法志記「宋仁宗嘗問輔臣曰。或謂先朝詔

令。不可輕改。信然乎。王曾曰。咸平所删太宗詔令。十存一二。何爲不可。於是詔天下言敕得失。』是詔勅之不經再度承認未成爲法律之形式者。可以無效也。晉書刑法志。亦稱『晉武帝修律。其權設之法不入律。悉以爲令。違令有罪則入律。』是即經再度承認者。苟不以法律之形式布之。則其効力與法律仍有差別也。故君主之詔勅謂爲法律大部分之淵源則可。直謂之爲法律。猶不可也。

三曰先例　所謂比。所謂故事。所謂章程。所謂品式。所謂格式。所謂條例。所謂事例。所謂則例。皆先例也。先例經主權者承認即變爲法律。其慣習條理學說等。大率皆先經採用成爲先例。復由先例間接以變爲法律。此各國所同。我國亦如是。

四曰學說　採學說以爲法律。實助長法律之進步最有力者也。羅馬法所以能爲法界宗主者。其所采之學說多而所含之學理富也。我國數千年來。可稱爲純粹之法律上學說者甚希。雖然。我國有支配人心最有力之一物焉。曰經義。經義者實一種尊無與尚之學說。後世一切之公私行爲動引爲準則。而於立法事業亦有影響者也。漢初儒者。每引春秋及其他經義折獄。隨即成爲判決例。以供來者之比附。其見

於史中者歷歷可考見至東晉元帝時主簿熊遠奏猶言凡爲駁議者若違律令節度當合經傳及前比故事又云諸立議者皆當引律令經傳（俱見晉書刑法志）又元魏員君時以有司斷法不平詔諸疑獄皆付中書依經義論決（見通典卷一六四）然則視經傳與律令有同一之効力至晉六朝間猶然矣夫歷代固未聞有采經傳之文以制法律者然法官引經義以判事遂成爲判決例而判決例旋被采擇以入法文則間接而變爲法律者往往有焉矣及漢末而大儒叔孫宣郭令卿馬融鄭玄各爲漢律章句數十萬言魏明帝時遂採鄭氏說以入律晉武帝時又以魏律專用鄭氏失諸偏黨復廣採諸家是國家承認學說爲法律信而有徵者魏晉以還儒者讀書不讀律學說闕如於是立法家所憑藉之淵源失其一種矣

五曰外國法　今世各國現行法律多取材於異國其繼受他國之法系者無論矣（如歐洲大陸國繼受羅馬法系。美國繼受英國法系。日本前此繼受我國法系、近今繼受羅馬英國兩法系之類。）即一法系中所屬之國亦未嘗不互相師法棄短取長雖謂今世各國法律無一國不雜外國法焉可也我國數千年來自成一固有獨立之法系。除最近所發布之商法訴訟法外。未嘗一與他法系交通。於

此而謂我國法律之淵源。有出自外國法者。其誰信之。雖然。最初之刑法傳自苗族。苗族與我本爲異國。然則充類言之。雖謂我爲繼受九黎法系。亦未始不可。及李悝著法經。其時諸國並立。悝以魏人而兼採六國法。是外國法可以爲立法淵源之一原則在成文法鼻祖之李悝已承認之。及至元魏定蹸趾格。間羼入東胡舊制。隋承周舊。唐律因之。其間是否全無魏法之分子。蓋難言矣。然則謂外國法爲我法律一種之淵源。亦不爲過。

第十章　成文法之公布

日本人動引孔子民可使由之不可使知之二語。以相詆諆。謂我國法律取神祕主義。不與民以共見。此實瞽說也。在昔羅馬貴族專政。故神祕其法律。利用平民無法律知識。得以肆其蹂躪。其後見迫。乃制定十二銅表之法。在昔希臘暴主。有名狄阿西尼亞者。每發一令。懸諸數十丈之柱頭。使民不能讀。而因以罔民。此歐西野蠻之舊則有之。而我國自古不如是也。其在書胤征曰。「遒人以木鐸徇於路。」其在周禮秋官大司寇曰。「正月之吉。始和。布刑於邦國都鄙。乃縣刑象之法於象魏。使萬民

觀刑象。挾日而斂之。』五官之長文略同 天官小宰曰。『正歲帥治官之屬而觀治象之法。徇以木鐸。曰、不用法者、國有常刑。』小司徒小司寇文略同 地官州長曰。『正月之吉。各屬其州之民而讀法。若以歲時祭祀州社。則屬民而讀法亦如之。』地官黨正曰。『四時之孟月則屬民而讀邦法以糾戒之。』地官族師曰。『月吉則屬民而讀邦法。』地官閭胥曰。『凡春秋之祭祀役政喪紀之數。聚衆庶。既比則讀法。』秋官士師曰。『正歲帥其屬而憲禁于國中。』秋官訝士曰。『凡邦之大事。聚衆庶。則讀其誓禁。』秋官布憲曰。『掌憲邦之刑禁。正月之吉。執旌節以宣布于四方。而憲邦之刑禁。以詰四方邦國。及其都鄙。達于四海。』使周禮而非僞書則我國古代於法典之公布視爲一重大之事甚明矣

考其公布之方法有三。

一曰揭示法　所謂懸法象魏者是也。羅馬十二銅表、建諸公園使民共見正用此法。

二曰口達法　所謂徇以木鐸者是也。法蘭西第一共和時所頒憲法使人鳴喇叭走市中而誦其條文正用此法

三曰牒達法　布憲職所掌是也由中央政府頒法於地方所用之方法也近日各國通行法以公文或官報到達日生効力正用此法

然則當時公布法之完備也如此不甯惟是其各地方鄉官常屬民讀法歲有定期凡此皆懼民之不知法設種種方術以使之周知者也

管子首憲篇云。『正月之朔。布憲法於國。五鄉之師。五屬大夫。皆受憲法大史。(中略)遂於鄉官。致於鄉屬。及於游宗。皆受憲。』是亦言公布法典之次第也商君書定分篇云。『公問於公孫鞅曰。法令之當時立之者。明旦欲使天下之吏民皆明知而用之。奈何。公孫鞅曰。爲法令置官置吏。(中略)諸官吏及民。有欲問法令之所謂也。案謂欲問法之所言者爲何也。於主法令之吏。皆各以其故明告之。』是商君以使人人知法令之所謂爲極要之政策而司法官對于人民有說明法律性質之責任也漢代法律。其公布之跡。雖不可考見然以當時印刷術未興民間於一切文籍皆傳鈔不易而注律者猶十餘家家數十萬言則其成典之普及於民間殆可推見迨晉編新律成。特於太始四年元旦。大赦天下以頒新律。其所以鄭重之者至矣六朝迄隋。皆循斯例。唐則以貞觀十一年頒唐律。

永徽初頒律疏開元二十五年。撰格式律令事類四十卷、詔於尙書都省寫五十本、散於天下。自茲以往。歷代每制一法。無不公布成例相沿不違。枚舉而其所以編纂及公布之意。無非欲使舉國人民悉知法律。今略述歷朝建議之言。

(唐高宗永徽中劉曦奏)立法者貴乎人人盡知則天下不敢犯耳何必飾其文義簡其科條哉。夫科條省則下人難知文義深則法吏得便(中略)臣請律令格式復更刊定其科條。其罪直書其事無假文飾使愚夫愚婦聞之必悟。

(周世宗顯德四年中書門下奏)(前略)律令則文辭古質看覽者難以詳明格勅則條目繁多檢閱者或有疑誤(中略)方屬盛明之運宜伸畫一之規所冀民不陷刑吏知所守(下略)

(明洪武十一年諭)律令之設所以使人不犯法田野之民豈能悉曉其意爾等前所定律令凡民間所行事。宜類聚成編直解其義頒之郡縣使民家諭戶曉焉

由此觀之。我國數千年來皆執法律公布主義。且以使人民有法律智識爲國家之一義務。其事甚明。其間惟金代曾禁收藏制書。謂恐滋告訐之弊。實爲二千年來我族所未嘗行之虐政。然以不爭輿論。禁亦旋弛。(金史張汝霖傳云。舊禁民間收藏制文。恐滋告訐。汝霖言。昔子產鑄刑書。叔向譏之者。蓋不欲使民預測其輕重也。今著不刊之典。使民曉然知之。猶江河之易避而難犯。足以輔治。不禁爲便。詔從之。) 近今如會典律例諸大法典。每撰成。隨即頒

布。而其餘各種單行法令。亦以京報發表之。近世各國公布成文法之方法。每登載揭示於官報。法人馬伊耶士謂此法由我國最初發明良不誣也

且歷朝尚有以律學課士之制。秦時命欲學法令者。以吏為師。漢建初八年。詔書辟士四科。其第二科曰。明曉法律。足以決疑。魏文帝時。衛覬請置律博士。轉相教授。從之。唐制科目有明法一科。宋初有刑法科。詔法寺主判官諸路監司奏舉京朝官選人兩考者。上等進秩補法官。仁宗天聖四年。復置律學。設教授四員。公試習律令生員義三道。斷案生員一道。刑名五事至七事。私試義二道。案一道。刑名五事至三事。及元明以後。制科純用八股。然明試舉子第二場、猶作判五條。蓋亦獎厲讀律之意也。凡此掌故本不足為律學輕重。然此可見我國法律本與民共見而決非日本人所識為取神祕主義云云也

（未完）

論著

◉前號本論正誤表

(葉)	(行)	(誤)	(正)
九	一二(夾注)	清●	德。
一三	九(夾注)	秦政●	秦改。
一六	一〇	建●尉椽●	廷。尉掾。
一九	一〇	於新法	於是。新法
二〇	二(小注)	罪條例	罪名。條例
三五	五(夾注)	唐令●	唐會。
三七	一二	曲●禮	典。禮

論中國成文法編制之沿革得失（續第八十一號）

飲冰

第十一章　前此成文法之闕點

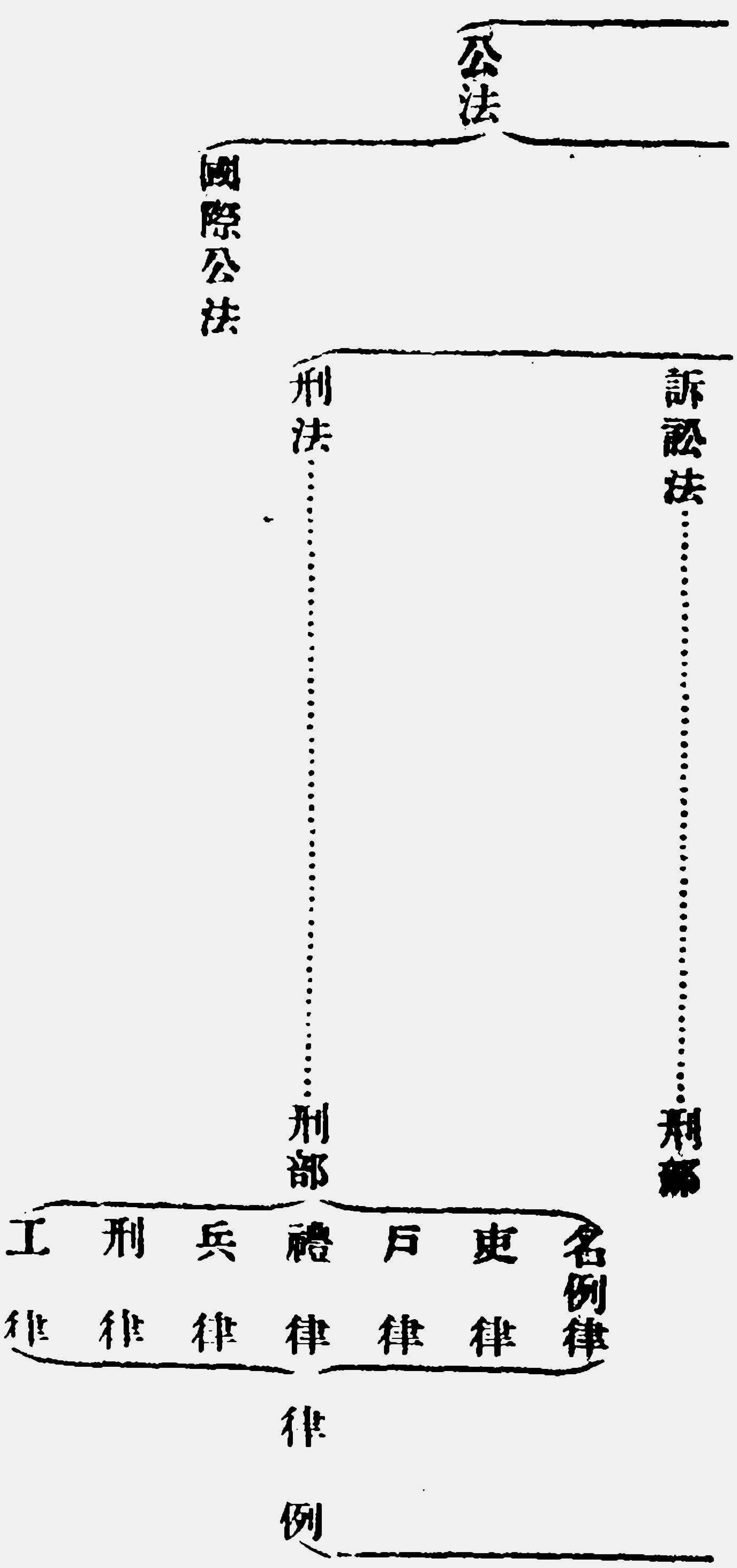
以上所列。於我國成文法編纂之歷史雖不能具。然大略可覩矣。夫吾所以絮絮數萬言臚陳故實者。非爲陳死人校功罪。毋亦鑑往知來。思爲今後立法事業。有所補助也。今欲語將來之方針。請先論前此之闕點。

一　法律之種類不備

近今學者言法律之分類。其說雖不一。而最普通者。則大別爲公法私法之兩種。公法者。所以規定國之組織。及國與人民之關係。國與國之關係者也。私法者。所以規定人

民相互之關係。及甲國人與乙國人之關係者也。（公法私法之界說學者言人人殊今所徵引者日本梅謙次郎氏民法原理之說也）公法之中。有規定國家之根本的組織者。是名憲法。有規定行政機關及其活動之規律者。是為行政法。有為國家自衛起見。科刑罰於犯法之人者。是為刑法。兩獨立國之間互定其法律關係者。是為國際公法。私法之中。有規定一般私人間之權利義務者。是為民法。或於民法中。別取其關於商人商事者。為特別法以詳定之。是為商法。有規定甲國私人與乙國私人間之權利義務者。是為國際私法。法律分類之大概如是。今以我國歷代遺傳及今日現行之成文法按之。

- 法
  - 私法
    - 民法……無（但一部分屬戶部）
    - 商法……無（但一部分屬戶部）
  - 國內公法
    - 憲法……無
    - 行政法
      - 機關……吏部
      - 各部
        - 內務行政……戶部禮部工部
        - 財務行政……戶部
        - 軍事行政……兵部
- 會典



（附言）右表本於日本淺井虎夫見史學雜誌第十四卷第八號其比附本不能十分正確因彼我異形有非可擬倫者也姑錄之以備參考

我國法律界最不幸者則私法部分全付闕如之一事也羅馬法所以能衣被干禩擅世界第一流法系之名譽者。其優秀之點不一。而最有價值者。則私法之完備是也。其中債權法尤極完備。今世各國。殆全體繼受之。故當近世之初。所謂文學復興時代者。羅馬法之研究。自其時始啓端緒。而近世之文明。即於茲導源焉。其影響之大如此。近世各國法律不取義務本

位說而取權利本位說實羅馬法之感化力致之夫既以權利爲法律之本位則法律者非徒以爲限制人民自由之用而實以爲保障人民自由之用而人民之樂有法律且尊重法律也自不期然而然此原理變遷之間其關係不亦重乎我國法律之發達。垂三千年。法典之文。萬牛可汗。而關於私法之規定。殆絕無之。夫我國素賤商。商法之不別定。無足怪者。若乃普通之民法。據常理論之。則以數千年文明之社會。其所以相結合相維持之規律。宜極詳備。乃至今日。而所恃以相安者。仍屬不文之慣習。而歷代主權者。卒未嘗爲一專典以規定之。其散見於戶律戶典者。亦羅羅清疏。曾不足以資保障。此實咄咄怪事也。吾推原其故。(一)由君主專制政體亘數千年未嘗一變彼羅馬法律雖大成於帝政時代然實積共和時代之慣習法而來故其法含有共和的精神我國自戰國以前未脫酋長政治之史域其後遂變爲帝政以迄今日故法律純爲命令的原素而絲毫不含有合議的原素其於一般私人之痛癢熟視無覩焉亦固其所(二)由於學派之偏畸我國自漢以後以儒教爲國教然儒教固取德治主義禮治主義而蔑視法治主義故言法者殆見屏於儒家之外法家言於他方面雖不復有勢力而

在法律界仍以商韓爲不祧之宗夫儒家固常以保護私人利益爲國家之天職者也使純采儒家所持主義以立法則私法之部分其必不至視同無物無奈儒家言惟置重社會制裁力而於國家之強制執行不甚視爲重要其根本概念與法治不能相容故不得不任法家言占優勝之地位於法律界而法家言則祇知有國家自身之利益（純粹之法家言。本以國家之利益爲標準。其後君主即國家之理想。深入人心。於是更趨於君主之利益矣。）而構成國家之分子（即人民）之利益在所不計儒法兩派不能調和此所以法令雖如牛毛而民法竟如麟角也此實我文明進退消長之一關鍵不可不深察也

次所遺憾者則關於國家根本組織之憲法未能成立也夫憲法屬於最近世之產物。吾國前此之無之。固不足怪。雖然。苟無此物。則終不足以進於法治國何也。此爲根本法無之則一切法無所附麗無所保障也英人布黎士頓 Preston 嘗有「淸帝國憲法」之一論文。Constitutional Law of the Chinese Empire 介紹大淸會典一書。謂其爲永久不變之大法。與憲法相類。而日本織田萬氏。亦言會典與則例之關係。恰如立憲國憲法與法律之關係。雖然。此擬不於倫也。夫各國所謂憲法者雖程度高下各有不同然其

內容大率分三大部一曰國家組織之方法二曰國家機關活動之規律三曰國家分子對於國家之權利義務三者缺一不得謂憲法而會典則惟有第二項其第一第三項皆無有也且憲法爲國家之根本法一切法律不得與憲法法文及法文所含之精神相觸背而會典之効力反往往得以則例停止之也故會典與憲法異者非徒在程度問題而實性質問題也

二 法律之固定性太過

法律之有固定性靜止性。其本質然也。雖然。法律以適於社會之需要爲貴而社會之進步變遷瞬息未嘗停止者也以固定靜止之無機的法律而遇瞬息變遷之有機的社會然則法律之形質與社會之實況常日趨於相離此自然之勢也故法律不成文則已既已成文則無論若何敏捷之立法家總不能使法律與社會適相應而無一毫之隔膜蓋社會變態之速且幻終非有文句之法律所能追及也英國碩學米因曰。法律與社會的需要兩者之間恒有一鴻溝焉立法者宜思有以塡之其鴻溝之廣狹與塡之之遲速是即人民幸福之多少所攸判也 (Maine, Ancient Law 第十一章) 夫鴻溝

不能無所爭者廣狹耳塡之不能盡所爭者遲速耳凡在愈進步之社會則其鴻溝之成也愈速而其塡之也愈難而愈不可不亟然能應於時勢急起直追則又愈可以助長社會之進步故鴻溝日日襞坼日日塞塡坼者無已時塡者亦無已時如形影競走未嘗休息而國民幸福遂以日增其在不進步之社會則鴻溝之成也稍遲而塡之者亦不勉顧以不塡之之故而不適之法律遂益障社會之進步於是法律與社會兩者俱成靜止之形殆如僵屍毫無生氣雖然。社會者爲自然法則所支配雖其變遷緣他阻力而致遲滯顧終不能爲絕對的靜止而絲毫無變遷者也積年旣久其與法律之鴻溝相去亦愈益廣非復小小補苴所能使之接近而法律之大部分遂不得不成秋扇僅賴其小小部分勉維持社會秩序於萬一則亦已同强弩之末一旦社會忽遇外界之刺激逼迫驟生劇烈之變遷則法律全部無復足爲社會之保障而法遂成爲博物院中之法非復社會關係之法矣我國以進步遲鈍聞於世界。西人常謂馬可波羅之游記。（意大利人當元時游歷中國者）至今日猶與中國內地現狀相合。然則以今日而適用前古之法律。其鴻溝似仍不甚相遠。雖然、今之法律非他唐律之舊也唐律非他漢律之舊也

漢律非他李悝之舊也夫李悝距今則二千餘年矣唐之距今則亦千餘年矣即曰社會進步淹滯亦安有千餘年前之法律適用於千餘年後而猶能運用自如者而試以今律校唐律其間所損益者能有幾何也夫法國現行民法由拿破崙時代所制定（即拿破崙法典）距今不過百年耳而運用之者已覺其多不適而大困難而倡議改正者且囂囂起，（日本法學協會雜誌第二十三卷第一號穗積陳重博士著「佛蘭西民法ノ將來」）然則今之大清會典大清律例即使其當乾隆嘉慶間果曾悉心研究參合彼時代社會之現象以立案然至今日而其大部分已須改正而況乎其所襲者實二千年前之舊也。

歐洲近世自倍根 Bacon 首倡編纂法典之論。至最近世則英之邊沁 Bentham 德之提巴 Thibaut 復鼓吹之。而反對論者亦大起。其反對論不一端。而最有力者。則謂爲障社會之進步。其言曰。成文法典者使法律成爲結晶體者也。結晶體光采爛然外觀甚美，而不能有生育發達之活力。（日本穗積陳重著法典論第四章）此論雖爲近今多數學者所排。然以評我國法典與社會之關係。蓋甚切當矣。我國社會進步之淹滯。其原因雖不一端。而受博物院中法典之障礙。實其重要原因之一。無可疑也。要之我法典之腐舊與社會之

麻木兩者遞相爲因遞相爲果而前代編纂法典之人固有不得不尸其咎者矣

近世學者之論各國法律。多分爲成文國與不文國之二種。歐洲大陸諸國。所謂成文國也。英美二國。所謂不文國也。若我中國以歷史上觀之宜屬於成文國而以近今事實證之（即往古亦當然）則實可謂之不文國何也。一切法律關係實則仍遵慣習及判決例等以爲衡時或頒發多數之單行法若夫朝廷所特制定整然成書號爲一國之大經大法者則不過以飾石渠天祿之壯觀而實際上之効力反甚薄弱此何以故則以法律與社會之源溝太相懸絕也

三　法典之體裁不完善

甲　範圍不確立

學者分法律之種類。又區爲主法與助法。主法者。實體的法律。如憲法、行政法、民法、刑法、等是也。助法者。施行法律之法律。如議院法、選舉法、行政裁判法、民刑事訴訟法、乃至其他爲一時一事所制定之特別法、皆是也。主法舉大綱助法明細目主法貴簡括助法貴詳密主法以法律現象之大原則爲準據成一獨立體助法以主法爲準據不

能觸背主法主法比較的固定不變助法比較的與時推移此其性質差異之大概也。法律中何者當屬於主法之部分何者當屬於助法之部分此立法者所最宜注意也。我國之會典與律近於主法則例條例近於助法然有一般之大綱宜爲主法者而以入諸則例條例之中亦有部分之細目宜爲助法者而以入諸會典與律之內質而言之則律之與例會典之與則例果以何者爲界線彼立法者自初未嘗設有一嚴格的區別非夫宜爲主法者而入諸助法則效力不強而授官吏以出入上下因緣爲奸之隙宜爲助法者而入諸主法則主法太繁碎張雜失彈力性緣夫時勢之變遷而主法遂不得不成殭石夫即以大清律例中之律論之其中固有一大部分屬於瑣碎節目萬不能以入於主法的刑法者而竟充塞盈帙焉其不能實施適用而徒化爲一種之裝飾品不亦宜乎。

日本穗積陳重論法典之範圍曰。（法典論第五編第二章）「法典之範圍。當便宜畫定。非必一切法律悉編入一法典中也。如民法法典中。畫其關於商事者。別爲商法。刑法法典中。畫其關於軍人犯罪者。別爲海陸軍刑法。此其最著者也。其他不應編入法典之法律。其種

類、甚、多。今舉、其、重、要、者。

一附屬、於、單、行、法、之、法、規。如、郵、便、罰、則。當、附、屬、於、郵、便、法。租、稅、罰、則。當、附、屬、於、租、稅、法。不、必、揭、諸、刑、法、中。

一類、須、變、更、之、法、律。

一有、實、施、期、限、之、法、律。

一別、須、細、密、規、定、之、法、律。

一限、於、一、地、方、或、一、種、之、人、民、所、施、行、之、特、別、法。

一如、商、業、法、工、業、法、農、業、法、礦、業、法、森、林、法、海、上、法、等。凡一、切、要、特、別、規、定、之、法、律。

由是觀之。則範。圍。之。限制與法。典。之。良。楛大有。關。係。焉。我。國。之。法。典。如。齊。棼。求。添。惟。多為。務。此所。以。支。離。漫。漶。不適。於。用。也。

乙 主●義●不●一●貫●

穗積陳重曰。「凡編。纂。法。典。者。必先。確。定。其。主。義。如編。纂。憲。法。者。將取。國。家。主。義。乎。抑取。君。主。主。義。乎。抑取。民。主。主。義。乎。其民。法。人。事。篇。將取。家。族。主。義。乎。抑取。個。人。主。義。乎。

其財產篇將取完全所有權主義乎抑取有限所有權主義乎其相續篇將取分配主義乎抑取總領主義乎其在商法將取保護主義乎抑取助長主義乎抑取放任主義乎其在刑法將援據罪惡必罰之正理而取絕對主義乎抑取對立主義而於復讐恐嚇改良防禦諸主義中擇其一乎抑取折衷主義乎又如治罪法訴訟法將取口訴主義乎抑取書訴主義乎將取聽訟主義乎抑取審糺主義乎如裁判所構成法將取合議裁判主義乎抑取單獨裁判主義乎每當編一法典則其通於法典全體之大主義及其爲一部基礎之小主義等皆不可不豫定之否則全典脉絡不貫通而彼此矛盾之弊遂不可免』

以上所述。爲近世科學發達以後據科學的方法以編纂法典者之所言也自不能以責諸前古人雖然。我國前此之法典其編纂太無意識去取之間絕無一貫的條理以爲之衡故一法典中而其文意相矛盾者指不勝屈使用法者無所適從而法典之効力以相消而不復存此不得不謂編纂方法拙劣之所致也

丙　綱目無秩序

立法家之腦力無論若何偉大斷不能取社會現在將來之現象而悉計及之自不能取社會現在將來之法律關係而悉規定之何也。人之心理自由活動者也其活動固非有一成不變之規律即有之亦非人智之所能及也而法律者向於現在將來而有効力者也苟現在將來所起之法律關係而法律絕無所規定則法律之用將窮故善立法者於綱目之間最所注意焉先求得其共通之大原理立以爲總則比利時碩學普蘭斯（現今世界三大刑法家之一）曰『所謂犯罪者非犯刑罰法之謂謂其違反於產出法典條文之大原則也。如犯殺人罪者。非必其犯刑法之某一條。以其犯不可殺人之原則也。犯竊盜罪者。非必其犯刑法之某一條。以其犯不可竊盜之大原則也。』（最近刑法論第二卷第一章第二節）故立法者苟欲取犯罪之現象無小無大無正無變而悉規定諸條文之中則其勢必有所不給矣故綱舉而目自從綱不舉則雖臚目如牛毛猶之無益也豈惟刑法凡一切法皆若是矣我國今日現行兩大法典其大清會典無所謂總則不必論矣其大清律例沿晉唐之舊首置名例律一門頗有合於總則之義雖然。大清律例之名例律有非貫通於全律之大原則而亦入其中者有貫通於全律之大原則而不入其中者謂名

例律足以包舉諸律焉不得也謂諸律悉無觸背名例律焉不得也故名例律者有總則之名而未能令舉其實者也夫大清律例爲發達最古稍稱完備之書而猶若是其他更無論矣此我國法律所以等於頭痛灸頭脚痛灸脚支離滅裂而終不足以周社會之用也

四 法典之文體不適宜

英國碩學邊沁。嘗以法律之文辭。比諸寶玉。誠重之也。法律之文辭有三要件一曰明。二曰確。三曰彈力性明確就法文之用語言之彈力性就法文所含意義言之若用艱深之文非婦孺所能曉解者時曰不明此在古代以法愚民者恒用之今世不取也確也者用語之正確也倍根曰『法律之最高品位在於正確』是其義也彈力性者其法文之內包甚廣有可以容受解釋之餘地者也確之一義與彈力性之一義似不相容實乃不然彈力性以言夫其義確以言夫其文也倍根又曰。『最良之法律者存最小之餘地以供判官伸縮之用者也存最小之餘地則其爲確可見能供判官伸縮之用則其有彈力性可見然則二者之可以相兼明矣我國法律之文。明則有之。而確與彈

力性兩種。皆甚缺乏。大淸律例卷首於律中文辭之用法雖有說明然其細已甚且不完備以我律文與今世諸國之法文相較其正確之程度相去遠矣若夫彈力性則我律文中殆全無之率皆死於句下無所復容解釋之餘地法之通用所以日狹而馴即於不爲用者皆此之由。

法文之美妙者雖社會之變遷其現象大異於立法之時而猶可展轉假借以適於用如法國之民法。其制定在距今百年以前。此百年間。全社會精神物質兩方面。皆爲突飛進步劃然成一新天地。而法之民法。迄今未改。雖用之常不免困難。而困難猶未嘗不可用。此無他學說之解釋有以濟其窮也。而學說之解釋所以得施則法文之美妙使然也其最淺著者。如百年以前。世界未嘗有汽車有電車。此盡人所能知也。而今者法之法廷，凡關於汽車電車所起之事件。皆可援拿破侖所制定之民法以斷之。非解釋之功安得有此

學說解釋者補助法律之最良法也昔之立法者。嘗懼解釋者牽合附會以失其本意。或從而禁之。如羅馬帝周士的尼安奴制定法典時。下詔嚴禁注釋普王腓列特力第

二。與帝周斯夫第二。亦曾禁之。拿破侖制民法新成。不旋踵而巴黎市中已有民法注疏出現拿破侖見而歎曰。余之法典既亡。凡此皆認解釋爲法典之蟊賊者也。雖然。禁之終不可得禁非惟不可得禁且日盛焉蓋法律之爲物有體有用有學有術其用其術神而明之存乎其人豈直不能禁抑亦不必禁不可禁也我國法律不禁詮釋故馬鄭大儒曾注漢律而唐律疏義乃由立法者奉勅自撰即大清律例其解釋之書亦不下十數其間因解釋以廣法文之用者雖自不少然終不能如彼法國民法之圓融無礙則法文之工拙爲之也。

學者之解釋不徒廣法文之用而並能助法學之進步蓋法文所隱含之義未備之義反對之義恒能緣解釋而發明故解釋盛行其於改度之修補法文改正法文常得莫大之助我國雖有解釋而不能收此效果者其原因有數端(一)解釋家雖有之而不能盛蓋法律解釋之業與辨護士之關係最密切而我國辨護士之業爲法律所禁自影響於法律解釋之業而無由盛也。(二)法律學殆見排斥於學界以外漢代尚有馬鄭大儒從事注律自茲以降上流學者皆不屑讀律故解釋之業惟委諸刀筆俗吏夫俗吏

之學識不足以闡明高尚之學理豈待問也(三)則法文中所含學理本不富記曰甘受和白受采。膚淺混雜之法文無論若何苦心研究。終不能於其間得甚深微妙之義我國法典大率爲無意識的結集雖多集上流學者從事解釋猶將勞而少功而況乎解釋者率屬俗吏且寥寥不多覯也

以上闕點。就吾意念所及。拉雜舉之。尚未能備。然將來若無編纂法典之事業則已。苟有之。則此諸闕點其最當注意也。

（未完）